DE

DELEGATIONIS NATURA.

SCRIPSIT

CAROLUS BERNSTEIN.

BEROLINI
PROSTAT APUD WILHELMUM HERTZ
(LIBR. BESSER).

MDCCCLXV.

GEORGIO BRUNS

RUDOLPHO GNEIST

VIRIS ILLUSTRISSIMIS

HASCE

STUDIORUM PRIMITIAS

D. D. D.

AUCTOR.

PARS PRIMA.

HISTORIA LITTERARIA. RATIO, QUA DISSERENS USURUS SIM.

§. 1.

Variae de delegationis definitione sententiae.

Mirum quantum distant de delegationis natura sententiae. Jurisconsulti magnam partem de eo summum consentiunt, delegationem stipulatione, a duabus inter se personis secundum voluntatem tertiae personae contracta, contineri. Caduntne vero omnes, in quibus stipulationem contrahere duae a tertia personae jussae sunt, casus in delegationis rationem? Quod ni, quinam casus eo pertinent? Quorum casuum ac proinde delegationis in accuratiore definitione ac descriptione, quum jurisconsultorum sententiae vehementer discrepent, distingui hae potissimum possunt:

A. Alii volunt delegationem id esse, si debitor (delegatus) ex voluntate creditoris sui (delegantis) creditori hujus (delegatario) promittat, ita ut una delegatus a delegante ac delegans a delegatario liberetur. Horum igitur sententia necessario postulat, ut duae, et inter delegatum delegantemque, et inter delegantem ac dele-

gatarium, praecedant obligationes, quarum in locum nova inter delegatum delegatariumque verborum obligatio succedit. Quae nisi praecedunt, ii, qui sequuntur hanc sententiam, delegationem dicunt impropriam esse.

Quod qui sentiunt, hos in eo manifestum est versari errore, ut creberrimum delegationis casum pro unico habeant; etenim, ut jam Gesterding[1]) monuit, nec dicendi jurisconsultorum Romanorum genere, nec juris rationibus, quas in ejus, quam, qui primam sententiam sequuntur, impropriam esse dicunt, delegationis casibus adhibent, adducimur ad delegationem finibus tam angustis circumscribendam.

Glossatores[2]) primi illam sententiam dixerunt: „delegatio novatio creditoris simul et debitoris est."

Eandem sententiam videmus dici saeculo decimo sexto a compluribus iisdemque magnis scriptoribus; ita a Duareno[3]), Brissonio[4]), Hottomanno[5]), Mynsingero[6]). Eodem saeculo Fachineus[7]), quaerens: an delegatio possit fieri a debitore creditori suo alterius quam debitoris ipsius delegantis? „Communis", inquit „est et vera

---

1) Gesterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation, im Civil. Archiv. II, 19.

2) Gl. ad tit. D. de nov. et deleg.

3) Duarenus, ad tit. D. de nov. et deleg.

4) Brissonius, de solutionibus et liberationibus. Lib. II. §. de deleg.

5) Hotomannus, Institut.

6) Mynsingerus, Instit. juris.

7) Fachineus, Controv. Lib. XI. cap. 54.

sententia: inter caetera hoc requiri ad delegationem, ut delegatus sit debitor delegantis". Quin igitur inter delegantem et delegatarium obligatio non esse non possit, nihil dubitat; illud autem, an delegatum etiam delegantis debitorem esse necesse sit, a Fachineo eam solam ob caussam in quaestionem vocatum est, ut sententiam communem contra paucos quosdam jurisconsultos defenderet, qui addubitaverant de illa sententia.

Eandem sententiam etiam apud Meierum[1]) et Voetium[2]), saeculi XVII. scriptores, invenimus.

B. Alia sententia vult delegationem esse et tum, si quis vice sua debitorem suum reum dederit creditori, et tum, si alium, qui non est ipsius debitor, in suum locum substituerit. Haec igitur delegationis notio hoc necessario requirit, ut una saltem obligatio praecedat inter delegantem et delegatarium, quamquam non pugnat cum hac notione, si aliud quid atque solutio, i. e. donatio aut creditum, inter delegantem et delegatum spectatur.

Haec est eadem sententia, quam Fachineus narrat saeculo XVI. solitariam atque inprimis a Franc. Aretino et Alciato[3]) defensam esse. Divulgatissima autem haec est sententia saeculo XVII. et priore parte saeculi XVIII. Jam Donellus[4]) hanc sententiam videtur

[1]) Justus Meier, Collegium Argentoratense. Tom. III.

[2]) Voetius, in tit. D. de nov. et deleg.

[3]) Alciatus, Comm. in D. de off. ejus cui mand. est jurisd. rubr. No. 2.

[4]) Donellus, Comm. l. XVI. 20.

secutus esse. Saeculorum autem XVII. et XVIII. scriptorum inprimis hi eam defenderunt: Domat[1]), Peregrinus[2]), Struvius[3]), Pacius[4]), Bachovius Echtius[5]), Vinnius[6]), Brunnemann[7]), Hellfeld[8]), Westenberg[9]), Zoesius[10]), E. Otto[11]), Heineccius[12]), Madihn[13]), Pommereschius[14]), Nic. Beckmannus[15]). Sunt autem, qui hanc sententiam etiam saeculo XIX. defenderint, ita inprimis Dabelow[16]), Gesterding[17]), Bruno Schilling[18]). Qui omnes severe videntur sequi definitionem legalem, quae haec est:

„Delegare est vice sua alium reum dare creditori ....“ l. 11. pr. de nov. et deleg.

---

1) Domat, les lois civiles dans leur ordre naturel.

2) Peregrinus, Manuductio per Institutiones.

3) Struvius, Syntagma jurisprudentiae sec. ord. Pandect. concinnatum.

4) Pacius, Isagogicorum in Instit. imperiales etc.

5) Bachovius Echtius, in Institut. commentarii.

6) Vinnius, in Instit. commentarii.

7) Brunnemann, in Pandectas.

8) Hellfeld, Jurisprud. forensis.

9) Westenberg, Principia juris.

10) Zoesius, Comment. in Dig.

11) E. Otto, Comment. in Instit.

12) Heineccius, Inst. jur. civ. sec. ord. instit.

13) Madihn, Principia juris rom. §. 220.

14) Pommereschius, super Justiniani Institutionum. Lib. IV. annotatt.

15) Nic. Beckmannus, Medulla Justinianea.

16) Dabelow, Pandectenrecht I. p. 377.

17) Gesterding, Beiträge zur Lehre von der Delegation. Civil. Arch. II, 19.

18) Bruno Schilling, Pandectenrecht. §. 751.

Sane haec definitio vult in delegationis natura positum esse, ut obligatio subsit inter delegantem et delegatarium nec vetat delegatum debitorem delegantis non esse. At cur vis nos jurisconsultorum Romanorum sequi omni modo definitiones? Quis enim est, qui nesciat jurisconsultos Romanos, quamvis tam multa ac praeclara praecepta protulerint, tamen reputantes, quae tandem sit summa eorum ratio, saepissime labi, ac ne ipsos quidem ignorasse parum se valere in praeceptorum illorum ratione definienda?

L. 202. de R. J. „Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit."

Itaque, quum legales definitiones non eae sint, ut non liceat eas impugnare, a compluribus hodie iisdemque maximis jurisconsultis legalis delegationis definitio vituperata est, quorum quidem Keller[1]) eam dicit, utpote parum late patentem, non sufficere, et Thoel[2]) non probabilem atque idoneam eam esse definitionem.

C. Tertia sententia adversaria haec est: „Die gewöhnliche Veranlassung der Delegation ist, daſs der Delegirende selbst dem Delegatar etwas schuldig ist und denselben nun durch diese Delegation seines Schuldners befriedigen will. Doch ist das nicht nothwendig und man kann seinen Schuldner auch dem delegiren, welchem man nichts schuldig ist, z. B. um ihm zu schenken oder ihn sich zu verpflichten. Gewiſs ist,

[1]) Keller, Pandecten §. 279.

[2]) Thoel, Handelsrecht. I. §. 128.

dafs die Delegation wesentlich ein Akt der Alienation einer Forderung, nicht wesentlich der Akt der Solution einer Schuld ist."

Ita Keller, cujus sententia, quoad litteras percensere possumus, solitaria est.

Quum igitur sententia prior subesse necessario velit inter delegantem et delegatarium obligationem, Keller contra necessario statuit inter delegatum atque delegantem obligationem praecedere.

Quantumvis vero praestantissimi illius jurisconsulti memoriae tribuamus, tamen non possumus, quin eam, quam vult veram rectamque, delegationis definitionem a fontibus quodammodo abhorrere judicemus.

Ita legem 33. de Nov. et Deleg., quae, quum in titulum Pandectarum, qui specialiter delegationes tractat, recepta sit, haud parvi momenti est, contra eum adhibemus: etenim, quum hic delegatus deleganti donare velit, alienatio obligationis nullo modo esse potest, quoniam obligatio inter delegantem ac delegatum omnino non erat, mutatioque debitoris, non creditoris fit.

L. 33. 46, 2. Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spopondit . . . .

D. Quarta sententia, quas sub *A*, sub *B*, sub *C*. legimus, sententias conjungit. Quam sententiam Hoffmann[1]), quamquam auctor minus gravis ex iis est, qui eam defenderunt, distinctissime exposuit:

---

[1]) Hoffmann, Beiträge zur Lehre von der Delegation. Sell's Jahrbb. III. 1845.

„Eine Delegation setzt zwar nicht voraus, daſs Delegatar Gläubiger des Delegans und zugleich Delegat Schuldner des Delegans war, eben so wenig, daſs gerade Delegatar Gläubiger des Delegans war, sowie daſs gerade Delegat Schuldner des Delegans war, aber entweder muſs Delegat Schuldner oder Delegatar Gläubiger des Delegans gewesen sein."

„Die Verbindlichmachung zwischen Delegat und Delegatar stellt zugleich eine Zahlung des Delegaten an den Delegatar vor, in welcher eine Zahlung des Delegaten an den Deleganten und eine Zahlung des Letzteren an den Delegatar enthalten ist und vergegenwärtigt erscheint, von denen die eine nothwendig solvendi causa geschehen sein muſs, die andere aber auch obligandi oder donandi causa geschehen sein kann."

Saeculo etiam XVII. haec sententia dicta est ab Ant. Matthaeo[1]), Schambogeno[2]), Vultejo[3]). Haec autem sententia fere ab omnibus sub finem demum proximi saeculi videtur probata esse. Qui vero hanc sententiam secuti sunt, eorum inprimis memorabiles sunt: Hofacker[4]), Pothier[5]), Schweppe[6]), Thibaut[7]), Schroeter[8]),

[1]) Ant. Matthaeus, Notae et animadversiones in lib. IV. Institutionum.

[2]) Schambogen, in Instit.

[3]) Vultejus, Comment. in Instit.

[4]) Hofacker, Pand. Just.

[5]) Pothier, Pand. Just.

[6]) Schweppe, Pandectenrecht. §. 633.

[7]) Thibaut, System des Pandectenrechts §. 526.

[8]) Schröter, das gemeine Recht §. 200.

DE

DELEGATIONIS NATURA.

SCRIPSIT

CAROLUS BERNSTEIN.

BEROLINI
PROSTAT APUD WILHELMUM HERTZ
(LIBR. BESSER).

MDCCCLXV.

At vero, quum Cujacii sententia hac de re parum sibi constet, ducti ea sententia, quam alio quodam loco exponit, non solum numero scriptiorum sub *E*, sed scriptoribus etiam sub *D* eum inserere possumus[1]).

§. 2.

Variae, mandatumne in delegatione inesse necesse sit, sententiae.

Praeter illam, quam supra exposui, dissensionem, controversia etiam est: utrum inter delegantem et delegatarium et inter delegantem delegatumque mandatum, an simplex consensus intercedat necesse sit?

Distinguere autem controversantium tres sententias possumus:

A. Una negat esse ullum mandatum nec inter delegatum et delegantem, nec inter delegantem et delegatarium. Ita inprimis glossa[2]).

Quam quidem sententiam propter magnam glossae auctoritatem omnium per longum tempus fuisse certo

---

39, 5. „Delegari autem alii quisquam non potest, ut ei se obliget, nisi qui *debitor est delegantis,* vel qui *deleganti donare* vult .... Sive debitor sit delegantis, sive donare deleganti velit, recte quis delegatur ei, *cui delegans donaturus* est, et inter omnes personas donatio perfecta est.

[1]) Cujacius ad tit. C. de nov. et deleg.: „Delegatio autem est mandatum in stipulationem *novandae et transferendae* prioris obligationis.“

[2]) Ad leg. 12. §. 1. 46, 2. „cum simpliciter mandaverit, id est *non* delegaverit.“ Accursius.

statuere possumus. Saeculo XVI. Duarenus eam secutus esse videtur[1]).

Haec sententia manifesto ex eo profecta est, quod Romani, quae est eorum in usurpandis ipsorum terminis technicis subtilitas, delegationis negotium proprio delegationis nomine non significassent, si hoc negotium nihil aliud esset nisi perfectio certi cujusdam mandati.

Quodsi Cujacius[2]), Accursium convicturus, affert mandatam et delegatam jurisdictionem eandem esse: errat, nam quum mandata jurisdictio judici vicarii personam tribuat judicisque ex ea sententia pro mandantis sententia habeatur, ita ut in hoc casu a judice mandatario ad mandantem provocari non possit; contra, judex, cui delegata jurisdictio est, proprio jure sententiam dicit, ita ut ab eo provocari possit ad delegantem.

Haud scio, an Kellerus recentissimo tempore non secutus hanc sententiam sit[3]).

---

1) Quod ex duabus caussis apparet: primum, quod necessarium tantum esse dicit triplicem *consensum*, deinde, quod, afferens l. 12. 46, 2., delegato, qui, quum falso debitorem se esse putaret, creditori delegantis se delegari passus est, condictiones tantum, *non mandati actionem* in delegantem concedit. Dubitari igitur non potest, quin interpretationem glossae secutus sit. Duaren. ad tit. de nov. et deleg.

2) Cujacius ad l. 12. (46, 2).

3) Quod quidem facillime ex ratione cognosci potest, qua in assignatione describenda utitur (Pandecten §. 317) Huc accedit, quod nec in „Pandectis,“ nec in libro, qui inscribitur „Litiscontestation und Urtheil“ ad delegationem definiendam mandati verbo utitur.

B. Altera sententia unum vult, eundemque inter delegantem et delegatum, mandatum esse. Haec sententia sub finem saeculi XVI. ac per totum saeculum XVII. dominata esse videtur.

Summus ac gravissimus hujus sententiae defensor dignus est, qui memoretur Cujacius[1]), nec scio an non Donellus[2]).

Ceteri, qui ei sententiae potissimum favebant, inprimis hi sunt: Wesenbecius[3]), Mynsingerus[4]), Hottomannus[5]), Vinnius[6]), Bachovius Echtius[7]), Vultejus[8]), Struvius[9]), Heineccius[10]), Westenberg[11]), Brunnemann[12]), Pothier[13]), Justus Meier[14]), Nic. Beckmann[15]), Hofacker[16]), Wening Ingenheim[17]), Schweppe[18]).

Ii, quos memoravi, scriptores verbis delegandi et

---

[1]) Cujacius in tit. C. de nov. et deleg.: „Jussum sive *mandatum, ut* alii stipulanti *promittat* .... delegatio appellatur. Unde inter delegatum et delegantem nascitur actio mandati. Perficitur autem delegatio secuta stipulatione.“ ...

„Duo ... genera delegationis: unum, si *mandavi, ut* alteri *promitteres;* alterum, si mandavi, ut ageres cum alio.“ (Cessio).

[2]) Donellus, comm. l. XVI. c. 20.

[3]) Wesenbecius, in Pandectas.

[4]) Mynsingerus, Inst. juris.

[5]) Hotomannus, in Instit.

[6]) Vinnius, Comm. in Instit.

[7]) Bachovius Echtius, in Instit. Comm.

[8]) Vultejus, Comm. in Inst.

[9]) Struvius, Syntagma jurisprud.

[10]) Heineccius, Instit. jur. civil.

[11]) Westenberg, Principia juris.

[12]) Brunnemann, in Pandectas.

mandandi eandem vim tribuunt. Quum vero in fontibus eum solum delegari legimus, qui promissor in nova obligatione, non eum etiam, qui stipulator futurus est, consentaneum est, mandatum tantum inter delegantem et promissorem, i. e. delegatum esse, inter delegantem et delegatarium autem simplicem consensum intercedere.

Posse intercedere mandatum inter delegantem et delegatum, non necesse esse intercedat, saeculo XVII. Peregrinus[1]) et Schambogen[2]), recentiori tempore Unterholzner[3]), olim etiam Sintenis[4]) dixerunt.

---

[13]) Pothier, Pand. Just.

[14]) Justus Meier, Collegium Argentoratense.

[15]) Nic. Beckmann, Medulla Justinianea: In delegatione *duo* interveniunt *actus* 1. qui est *inter delegantem et delegatum;* 2. qui *inter delegatum et eum cui fit delegatio. Prior* stipulationem non requirit, sed nudo consensu *perficitur per mandatum* delegantis, qui jubet delegatum alteri solvere. *Posterior* actus *stipulationem* postulat.“

[16]) Hofacker similiter ait: „Intercedere debet *mandatum* inter delegantem et debitorem delegatum; *pactum* inter creditorem delegantis (delegatarium) et delegantem; stipulatio inter creditorem delegantis et debitorem delegatum.“ Principia juris civilis §. 4103.

[17]) Wening, Lehrbuch §. 357.

[18]) Schweppe, Pandectenrecht §. 633.

[1]) Peregrinus, Manuductio per Institutiones.

[2]) Schambogen, in Instit.

[3]) Unterholzner, Schuldverhältnisse I, p. 630 hanc suam aperit sententiam: „Die Schulderneuerung mufs entweder an sich selbst schon ein gültiges Verzichtleisten des bisherigen Gläubigers auf seinen Anspruch enthalten, oder es mufs ein solches noch besonders hinzukommen ....“ „Wenn durch den Neuerungsvertrag der Anspruch auf einen anderen Gläubiger übergehen

Ex quibus juris praeceptis novae hae rationes metiendae sint, parte secunda exponemus. Praecepta autem ita reperta erunt tanquam obrussae, quibus cognoscamus, quinam ex iis, qui afferuntur, vere delegationis casus sint.

PARS SECUNDA.

DE NORMALI DELEGATIONIS CASU.

§. 1.

A. Cogitatio principalis.

Normalis igitur casus noster ille est, in quo debitor ex voluntate sui creditoris creditori hujus novandi caussa promittit, ita ut una promissione duplex efficiatur novatio[1]), duoque uno actu debita simul tollantur[2]).

Ut Glossae verbis utar, „novatio fit simul et debitoris et creditoris.“ Cum autem novatio solutioni similis sit (l. 31. h. t.), res ita se habet, quasi et delegatus

---

[1]) Quod de duplici novatione diximus recentiori tempore in dubitationem vocatum est. Nos autem, quamquam nondum docuimus, quanam caussa permoti simus, priorem sententiam sequimur, quoad, doctrinis quibusdam expositis, hanc rem accuratius considerare poterimus.

[2]) Ut fontes, ita nos quoque, commoditatis caussa, ponimus delegatum deleganti tantundem ac delegans delegatario debuisse, ita ut ambo, quae subsunt, debita simul penitus tollantur, quamquam juri Romano aliena non est partiaria, ut ita dicam, novatio. Cf. l. 4. §. 1. (22, 1).

deleganti et delegans delegatario solvisset. Recte igitur et quoad delegantem et quoad delegatarium haec dicuntur: „verbum exactae pecuniae non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem.“ l. 187. de V. S. — Ita, excepta parva discrepantia, etiam ad nostrum casum adhiberi possunt ea, quae Celsus de alio quodam delegationis casu dicit: „perinde sum (delegans), quasi exactam a debitore meo summam tibi (delegatario) solverim (in textu legitur „donaverim“), et tu illam ei credideris.“ l. 21. §. 1. (39, 5.). Stipulatione igitur, inter delegatarium et delegatum inita, quandam compendiariam agendi rationem contineri, manifestum est, quam verbis ejusdem Celsi ita exprimere possumus: „celeritatem conjungendarum inter se actionum una actione occultari[1]).“

[1]) L. 3. §. 12. (24, 1). — Omnis autem ille locus hic est: „... si debitorem suum ei (uxori) solvere jusserit (maritus), ... quaeritur, an nummi fiant ejus, debitorque liberetur. Et Celsus scribit, videndum esse, ne dici possit, et debitorem liberatum, et nummos factos mariti, non uxoris; nam, et si donatio jure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret, nam *celeritate* conjungendarum inter se actionum un*am* acti*onem* occultari.“.

Aliquid hujus loci mutavimus, pro ablativo „celeritate“ accusativum „celeritatem“ ponentes et pro accusativo „unam actionem“ ablativum „una actione.“ Levis sine dubio momenti haec conjectura est, sed eo probatur, quod nisi ita legimus intelligere non possumus, quae sit illius loci sententia. Significare vult scriptor: assignatum, si assignatario solvat, proprie putandum esse assignanti solvisse, huncque assignatario. Unus igitur qui

Naturali etiam solutione similem negotiorum abbreviationem fieri posse in l. 64. de solut. (46, 3) invenimus: „quum jussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.“

B. Consequentia.

§. 2.

I. *Cujus sit periculum nominis delegati, ostenditur.*

I.

In delegatione perinde esse demonstravimus, ac si delegans exactam a delegato summam delegatario solvisset, hic autem eam delegato credidisset. Quid autem pecuniae solutae accidat, non curae esse posse ei, qui solvit, quis est, qui nesciat? Etiamsi creditor pecuniam confestim amittat, tamen is, qui adhuc debitor fuit, liber est atque solutus. Idem igitur etiam in delegatione valere per se patet, quum putetur creditoribus prorsus satisfactum esse. Nec non legimus in fontibus delegantis periculum esse nominis delegati:

„L. 26. §. 2. mand. (17, 1.). Abesse intelligitur pe-

---

cerni potest actus est solutio, quae fit per assignatum assignatario. Solutio autem, inter assignatum assignantemque et inter assignantem assignatariumque effecta, cerni non potest et solutionis actu inter assignatarium assignatumque intercedente quasi velata est; neque tamen congruunt verba Florentinae nec Vulgatae scriptoris sententiae.

cunia fidejussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit . . . ."

„L. 18. de fidej. (46, 1.). Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur quanta ei debetur; et ideo si fidejussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest."

Inde singulae haec proficiscuntur praecepta:

1. Nil ad delegantem pertinet solvendo sit delegatus, an non?

„L. 45. §. 7. mand. (17, 1).. Quod mihi debebas, a debitore (tuo ins. Hal., Vulg.) stipulatus sum periculo tuo; posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus ajunt, quamvis id mandatum ad tuam (meam Hal.) rem pertineat; et merito, tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur."

„L. 22. §. 2. eod. Interdum evenit, ut meum negotium geram, et tamen utilem habeam mandati actionem, veluti, quum debitor meus, periculo suo, debitorem suum mihi delegat . . . . . .; nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illius negotium gero; igitur quod minus servavero, consequar mandati actione."

Nisi igitur delegans expresse periculum nominis in se recipiat, delegatarius nomen debitoris delegati secutus esse videtur. Quod quidem confirmatur locis, quos supra attuli: l. 26. §. 2. (17, 1.), l. 18. (46, 1.).

2. Multo etiam minus deleganti timendum est, ne nominis periculum ad eum redundet, si ipsius delegatarii culpa evenit, ut non totam, quae ei debebatur, pecuniam, exigeret.

„L. 3. C. de nov. et deleg. Quodsi, delegatione facta, jure novationis tu liberatus es, frustra veteris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita, debito liberatus sis."

3. Ne tum quidem delegatario adversus delegantem regressus datur, si, pignoribus evictis, obligatio delegati incertior facta est.

„L. 68. §. 1. de evict. et dupl. stip. (21, 2.). Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus, quae prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus est, habebit."

Haec praecepta in fontibus justissima et aequissima esse dicuntur.

Prima facie sane fieri potest, ut cuipiam durius videatur, delegatarium a delegante quod minus a delegato exigerit repetere non posse. Proprie enim delegatio, quotiescunque cum solutione comparatur, vera non est solutio; atque de actione, quam delegatarius in delegatum nactus est, theoretice tantum dici potest:

„Qui actionem habet rem ipsam habere videtur." L. 15. de reg. jur.

„Id apud se quis habere videtur, de quo habet

actionem; habetur enim, quod peti potest.“ L. 143. de V. S.

Usu aliter rem se habere, Romani ipsi saepe concedunt:

„L. 63. §. 1. ad leg. Falc. Cujus debitor solvendo non est, tantum habet in bonis quantum exigere potest.“

„L. 73. §. 1. eod. .... ut quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris bonis accedere videatur.“

Quae quamquam occurruntur, tamen ne obliviscare, creditorem satisfactionem pro solutione oblatam rejicere posse:

„L. 6. §. 1. quib. mod. pign. 20, 6. ... qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est.“

Creditor vero, si satisfactionem vice solutionis admisit, contentum se fore significasse videtur, itaque aequissimum illud:

„L. 26. §. 2. mand 17, 1; ... bonum nomen facere qui admittit debitorem delegatum.“

„L. 68. §. 1. de evict. et dupl. stip. 21, 2. ... nomen debitoris per delegationem secutus est.“

Si igitur delegatum admittens, delegatarius incommodum patitur, sibi ipse incommodi causa est:

„L. 68. §. 1. eod. ... pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit.“

Tum illud valet:

„L. 6. §. 1. quib. mod. pign. 20, 6. ... satisfecisse

prodest, quia sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis."

II.

Ea autem, quam de periculo nominis delegati constitutam exposuimus, regula pactis mutari potest. Delegatarius enim, ut jam supra vidimus, cum delegante pacisci potest, ut delegans in se periculum nominis suscipiat. Memores, stipulationem omnino creditum, verbis contractum, a Romanis haberi (l. 2. §. 5. de R. C., l. 4. ad S. C. Mac., l. 3. §. 3. eod.), obligationem autem inter delegatum et delegatarium initam inprimis illinc profectam esse cogitari, quod delegatarius acceptam a delegante pecuniam delegato credidit (l. 21. §. 1. de donat), per se intelligitur, pactum illud nihil aliud, quam mandatum qualificatum, esse.

Ad hunc igitur casum pertinent praecepta, quae ad meram delegationem non pertinent.

1. Inprimis delegatarius cum delegante actione mandati contraria de eo agere potest, quod minus a delegato servare potuit, l. 45. §. 7. (17, 1), l. 22. §. 2. (17, 1). Ergo etiam de toto debito, si nihil accepit, nam „minus solutum intelligitur etiamsi nihil esset solutum." L. 32. de V. S.

2. Videtur delegatarius, si periculum a delegante susceptum est, etiam in casu l. 68. §. 1. (21, 2) actione mandati contraria de novis pignoribus dandis agere

posse, nam pignora vel maxime ad securitatem stipulatoris pertinere, quis neget?

3. Sed tum modo delegans delegatarium indemnem praestare debet, si non delegatarii culpa accidit, ut damnum ex stipulatione pateretur:

„periculum nominum ad eum, cujus culpa deterius factum probari potest, pertinet.“ l. 35. de R. C. (12, 1).

In summa, si, nullo pacto accedente, fit delegatio, perinde est, ac si delegans acceptam a delegato pecuniam delegatario dedisset, hic autem eam delegato credidisset. Quae negotii natura, cum pactis mutata non sit, efficit, ut delegatarii sit periculum nominis delegati. Aliud fit, si, interveniente pacto, voluntate contrahentium negotii natura aliquam partem mutatur.

II. *De stipulatione inter delegatarium et delegatum contracta.*

§. 3.

1. Introductio.

Adhuc posuimus, novationem rite factam esse: ea, quam inter delegantem et delegatum subesse voluimus, obligatio valida fuit, valida fuit quae inter delegatarium et delegantem praecessit obligatio, ambaeque valida, inter delegatarium et delegatum novandi causa inita, stipulatione sublatae sunt. At vero, quid fieri vis, si obligatio inter delegantem et delegatum, quae in ineunda stipulatione inter delegatarium et delegatum esse ponebatur, ipso jure nulla, aut ope exceptionis inefficax

erat? Quid si hoc in obligatione inter delegantem et delegatarium, aut in utraque obligatione incidit? Quid, si stipulationem inter delegatarium et delegatum invalidam esse appareat?

Ad quam dijudicandam quaestionem, quid sit novatio, explicandum est.

Novatio est stipulationis constitutio, quae, materiem prioris cujuslibet obligationis in se suscipiens, in hujus, quam tollit, obligationis locum successura est. Prioris igitur obligationis interitus posteriori obligatione effectus esse videtur, quasi instrumentum deletionis posterior sit obligatio. „Ex praecedenti causa *ita* nova constituitur, *ut* prior perimatur.“ l. 1. §. 1. (46, 2). Quod instrumentum si deest, per se patet etiam effectum deesse prioremque stare obligationem; sin vero effectus fieri nequit, praecipue si prior obligatio nulla est[1]), instrumentum ipsum non tollitur, ergo posterior obligatio valet, etiamsi prior obligatio non valet[2]).

Idem fieri solet in delegatione: si stipulatio inter

---

[1]) De industria propositum nostrum simplicius reddimus casum eum, in quo, quia deest novandi jus, prior obligatio non deletur, silentio praetereuntes.

[2]) De hac re confer inprimis: Baehr, Anerkennung et Brinz, Pandecten §. 129. Quae quidem sententia inprimis defenditur l. 9. pr. (46, 2) et l. 16. eod., ubi, quamquam novatio non est, quia pupillus et servus jus novandi non habent, tamen posterior obligatio stat. Optime Baehr novationem comparat cum naturali solutione, in qua etiamtum dominium transit, si nihil subest, quod solvatur.

delegatarium et delegatum jure stare non potest, omnia immutata manent, quasi non inita illa stipulatio sit. Tamen vero stipulatio jure stat, etiamsi obligationes, quae praecedere debent, jure non stant.

Quod cur ita sit intelligemus, si reputabimus in jure Romano novationem actu formali, stipulatione, effici. Stipulatio autem ipsa per se, vel propter formam, obligatorium effectum habet.

Visne igitur eam idcirco omnimodo efficacem esse? Hoc nescio an non antiquiori, quae formae magis serviebat, aetate factum sit; recentiori autem, hebetata stipulationis natura, paullatim ea ratio magis magisque valere coepit, ut in stipulatione non tam verba spectentur, quam partium voluntas negotiique causa; quae quidem per exceptionem, inprimis autem per exceptionem doli, stipulatori opposita, formae vim infirmare solet.

Itaque, si stipulatio novandi causa inter easdem personas contrahitur, debitor, si apparet priorem obligationem invalidam esse, contra stipulatorem exceptione doli tutus est: quum enim stipulatio sine causa sit, creditorem dolose agere, qui ex ea stipulatione experiatur, luce clarius est.

Quod quidem si novatio inter easdem personas fit, in dubitationem vocari non potest. Utriusque voluntas pertinet ad unum idemque, quod antecessit, negotium. Itaque, si alter sine causa promisit, alter sine causa stipulatus est, et vice versa.

Quaeritur, quid fiat in delegatione? Delegatus promittit delegatario, ut id solvat, quod deleganti debeat; delegatarius stipulatur, quasi id recepturus, quod ei debet delegans. Non igitur unius ejusdemque causae intuitu stipulatio a delegatario delegatoque contracta est, sed duarum[1]), quarum una stipulatoris, altera promittentis est. Itaque fieri potest, et ut delegatarius cum causa stipuletur, quum delegatus sine causa promittat, et ut delegatus cum causa promittat, quum delegatarius sine causa stipuletur; sane etiam fieri potest, ut et stipulatio et promissio sine causa sint; seu ut incidant casus, quos in principio hujus partis memoravi: ut altera, quin etiam utraque, quam subesse posueramus, obligatio nulla vel quasi nulla sit. Qui casus quomodo tractandi sunt? Utrum stipulatio unius vel utriusque causae absentia pervertatur, an non?

Praecepta fontium haec sunt:

2. Expositio variorum, qui hic fieri possunt, casuum.

§. 4.

a) Casus I.

Delegatus, dum nihil deleganti dèbet, sine causa promittit delegatario; inter delegantem autem et delegatarium valida praecessit obligatio.

[1]) Talem duplicem causam esse Baehr etiam statuit, vid. Anerkennung pag. 29, item Erxleben.

1. Duo hic a ceteris secernendi casus sunt:

a) Si delegatus, non ignorans non esse se debitorem, — quod prior obligatio sive ipso jure nulla, sive ope exceptionis inefficax erat, — se delegari passus est, quum putetur donare velle, mancam causam ei dicere non licet.

L. 12. (46, 2).

„Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse *sciebat*, similis videbitur ei, qui donat, quoniam *remittere exceptionem videtur.*"

L. 24. (12, 6).

„Si is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, quum *sciret*, sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur, condicere non potest."

L. 53. de R. J.

„Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est."

b) Si debitor transigendae controversiae gratia a creditore se delegari passus est, nullam ei nec defensionem contra delegatarium, nec actionem in delegantem concedi, si postea cognoverit se tutum fuisse adversus delegantem, per se patet, nam transactio ad dubias tantum res pertinet.

L. 2. C. (4, 5).

„*Si citra ullam transactionem* pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es, adversus eam, quae te delegavit, condictionem habere potes."

L. 1. §. 10. (44, 5).

„Quodsi patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. Et Cassius existimasse Urseium refert, creditorem quidem minime esse summovendum exceptione, quia suum recepit; verumtamen libertum patrono posse condicere, *si non transigendae controversiae gratia id fecit.*“

2. At vero in aliis casibus, nonne delegatus adjuvandus est? quippe quum priorem obligationem respiciens solvendi causa promiserit, voluntasque ejus promittendi arctissime certe cum solvendi voluntate conjuncta fuerit. Atqui quum, causa praecedente invalida, solutio fieri non possit, visne eum tamen promissione obligatum manere nec exceptione adversus delegatarium uti? Quamquam in hoc quoque casu delegatus a delegante pecuniam liberationemve condictione indebiti petere potest, tamen quis est, qui nesciat „interesse pecuniam retinere potius, quam solutam repetere,“ l. 15. (46, 1)? Quod cuivis tam aequum videtur, ut etiam Donellus, legum de hac re praecepta explicans, dicat: „justa dubitatio hic aliud suadere videtur“ (Lib. XVI. de nov. et deleg.). Legum autem praecepta haecce sunt:

a) Delegatus etiamsi ipso jure deleganti nihil debebat, exceptione adversus delegatarium uti non potest, sed habet condictionem certi seu incerti adversus delegantem, prout aut solvit, aut nondum solvit pecuniam.

Utramque condictionem manifestum est esse condictionem indebiti.

L. 13. (46, 2).

„Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, *exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum, qui delegavit, competit.*“

L. 2. C. (4, 5).

„Si citra ullam transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es, *adversus eam, quae te delegavit, condictionem habere potes.*

b) Nec licet deinde delegato adversus delegatarium exceptionibus uti, quibus contra delegantem tutus fuerat, inprimis exceptione doli et „ceteris similibus“, i. e. perpetuis exceptionibus, veluti pacti conventi perpetui, vel jurisjurandi, vel rei judicatae. Eo magis valet regula ad dissimiles exceptiones, ita ad exc. SC. Maced. („imo et in ea,“ l. 19. [46, 2]), quae non rei causa dantur, sed odio actoris, odio creditoris, quae quidem ei tantum creditori obsistere possunt, quem lex hoc odio persequitur, non alii. — Iaque delegato condictiones tantum adversus delegantem conceduntur.

L. 19. (46, 2).

„*Doli exceptio*, quae poterat deleganti opponi, *cessat* in persona creditoris, cui quis delegatus est. *Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus,* imo et in ea, quae ex Senatusconsulto filio familias datur . . . .“

L. 12. (46, 2.)

„Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, *nulla quidem exceptione* adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit; sed is qui delegavit, tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset."

L. 4. §. 20. (44, 4.)

„Item quaeritur, si debitor meus te circumveniebat, teque mihi reum dederit, egoque abs te stipulatus fuero, deinde petam, an doli mali exceptio obstet. Et magis est, *ut non tibi permittatur de dolo debitoris mei adversus me excipere*, cum non ego te circumvenerim, *adversus ipsum autem debitorem meum poteris experiri.*"

L. 1. §. 10. (44, 5.)

„Quodsi patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. Et Cassius existimasse Urseium refert, *creditorem* quidem *minime esse summovendum exceptione*, quia suum recepit; *verumtamen libertum patrono posse concidere .....*"

Is igitur casus, in quo delegatus non debitor ope exceptionis fuit, prorsus eodem modo tractatur, atque ille casus, in quo delegatus ipso jure non debitor

fuit; sed tum solum, si haec exceptio perpetua fuit:

L. 26. §. 3. (12, 6).

„Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam *exceptionem perpetuam* peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit . . . .“

L. 40. pr. (12, 6).

„Qui *exceptionem perpetuam* habet, solutum per errorem repetere potest . . . .“

Aliud fit, si exceptio non perpetua fuit, si inventa odio creditoris erat, tum enim ne illae quidem condictiones adversus delegantem conceduntur, ita si delegatus exceptione S. C. Mac. tutus fuit.

L. 40. pr. (12, 6).

„Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium ejus cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur . . . .“

Idem autem illud praeceptum ad nostrum casum pertinet, nam delegatio solutionis vice est.

Causa autem horum praeceptorum praecipue haec affertur, quod creditor suum recepit, l. 12. (46, 2).

Quum igitur debitum acceperit, nullo pacto injuste locupletior factus esse videtur, minimeque a delegato, nam id, quod delegatarius stipulatus est, a delegante accepisse putatur, quod autem delegatus promisit, ab

eo transiisse putatur ad delegantem. Hanc igitur ob causam sive ipso jure nihil debuit, sive perpetuam exceptionem adversus delegantem habuit delegatus, delegantem adeat necesse est, ut aut pecuniam indebite solutam, aut liberationem condicat. Idcirco itaque delegato exceptio denegatur, quod, ut verbis Windscheidii[1]) utar, „das Recht es so ansieht als ob die Handlung des Delegat dem Delegatar gegenüber gar keine selbstständige Bedeutung hätte, er hat gar nicht ihm, sondern in seiner Person, dem Delegans geleistet." — Nihil igitur delegatarii interesse potest, qualis sit delegato cum delegante ratio.

L. 19. in f. de nov et deleg.

„Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus ...... Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est: aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris."

[1]) Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, pag. 94. not.

APPENDIX.

Controversantur jurisconsulti Romani, num ei mulieri, quae adversus delegantem exceptionem SC. Vellej. habuit, hac exceptione etiam uti liceat adversus delegatarium? Quodsi ei non licet, eo regula modo exposita confirmatur, si licet ei, hoc non pugnat cum hac regula, nam exceptio, quam opponit, tum non prior illa est, quam adversus delegantem habebat, sed alia ex nova stipulatione tanquam ex nova intercessione orta.

Mulieri debitrici, a creditore suo delegatae, exceptionem SC. Vellej. concedi non posse, per se patet: nam non intercedit, sed suum solvit debitum, suum gerit negotium.

L. 24. pr. (16, 1). „Debitrix mulier, a creditore delegata, pro eo, cui delegata est, promisit; non utetur exceptione."

L. 2. C. (4, 29). „Quoniam principaliter ipsa debitrix est."

L. 13. pr. (16, 1). „Quum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat."

Item constare videtur ei concedi non posse hanc exceptionem, si quidem quasi debitrix indebitam pecuniam promittere delegata est, neque tamen eam ob causam non debitrix fuit, quod jam adversus delegantem exceptione SC. tuta fuit: hic enim non intercedendi, sed solvendi animo se delegari passa est. l. 2. C. (4, 5).

Dubius solus ille casus est, in quo quasi debitrix delegata est, eratque non debitrix propter praecedentem intercessionem apud delegantem factam. Julianus, quum putet in nova stipulatione novam inesse intercessionem, exceptionem mulieri concedit.

L. 8. §. 2. (16, 1). (Ulp.)

„Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem ejus, duas intercessiones factas Julianus scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem ejus, et ideo et Primo restitui obligationem, et adversus eum.“

Eandem sententiam Paulus sequitur:

L. 19. (46, 2): „et in secunda promissione intercessio est.“

Impugnat eam Marcellus, ut narrat Ulpianus in eadem lege 8. §. 2. (16, 1):

„Marcellus autem notat, esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitrix delegatur; scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret, sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei, a quo delegata est, poterit vel quod ei abest, vel, si nondum abest, liberationem.“

Ulpianum Marcelli sententiam sequi, et ex eo apparet, quod, hujus sententiam cum Juliani comparans, copiosissime de ea disserit, et ex eo, quod Juliani ante

Marcelli ponit sententiam, ita ut hujus sententia quodammodo confutatio illius sequatur, omnemque sibi in legentis animo auctoritatem vindicet. Nos quidem Marcelli et Ulpiani sententiam sequimur, nam nos quoque putamus hoc in casu delegationem solvendi potius, quam intercedendi animo fieri.

§. 5.

b) Casus II.

Obligatio inter delegantem et delegatarium ipso jure nulla seu ope exceptionis inefficax, obligatio autem inter delegatum et delegantem valida fuit: num igitur delegatus delegatario exceptiones et defensiones opponere potest, quibus delegans adversus delegatarium uti potuit? In hoc sine dubio casu constat, stipulatorem dolo facere, qui ex ea stipulatione sine causa experiatur. Nonne itaque eo l. 2. §. 3. de doli moli et metus exceptione (44, 4) referenda est:

„*Si quis sine causa* ab aliquo *fuerit stipulatus*, deinde ex ea stipulatione experiatur, *exceptio* utique *doli mali ei nocebit;* licet enim eo tempore, quo stipulatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, quum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, quum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur.“

Sed hoc animo reputandum est, si delegatarius quidem sine causa stipulatus est, vel sine causa petat, de-

legatum certe cum causa promisisse, nec habere igitur, cur se tueri velit, idque alienis armis, quod eo minus licet, quod ratio, quae deleganti cum delegatario est, a delegato aliena est; exiguaque differentia excepta, eo cadunt illa legis 19. (46, 2) verba:

„Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire reus (in textu: petitor) potest, quid inter eum, qui delegavit, et eum, cui delegatus est (in textu: inter eum, qui delegatus est et debitorem), actum est, aut etiam, si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur, et ideo merito denegandum est ei (in textu: adversus eum) exceptionem ex persona creditoris, qui eum delegavit (in textu: ex persona debitoris).“

Quod quidem eo aequius et justius est, quoniam perinde est ac si delegans exactam a delegato pecuniam delegatario dedisset, hic autem eam delegato credidisset (l. 21. §. 1 D. 39, 5). Delegato igitur, obligationis vinculo soluto, cum liber a delegante factus sit, non magis licet defensiones ex delegantis persona petere, quam ex quavis tertia cum qua nunquam conjunctus fuit.

Haec autem universalis sententia non tantum rei ipsius natura, sed hoc etiam fontium loco defenditur: L. 8. §. 3 ad SCtum Vell. (16, 1).

„Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta, si, contra Senatusconsultum obligata, debitorem suum delegaverit; nam hic *ipsi* competit condictio,

quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret; solvit enim et qui reum delegat."

Monet jurisconsultus condictionem soli deleganti concedendam esse („ipsi"); denegat igitur condictionem delegato. At cum delegatus condictione deficiatur, exceptionem quoque adversus delegatarium non habet, nam ex eodem fonte et condictio et exceptio effluunt. Confirmatur istud sequenti ejusdem legis §. 4, ubi jurisconsultus, ad contrarium casum se vertens, delegato non debitori exceptionem (itaque etiam condictionem) tribuit. Ceterum apparet, nihil interesse, quod delegantis obligatio ope exceptionis fuerat inefficax, nam quin si ipso jure nulla esset, idem dici deberet in dubium revocari non potest.

Eandem sententiam quum multi alii probaverunt, tum Mühlenbruch, qui distincte hanc regulam exponens: „quae", inquit, „inter delegatarium et delegatum exoritur nova obligatio, nulla fere in re ex pristina causa dijudicanda, ideoque nec exceptionibus actio excludenda est talibus, quae a delegantis persona petantur"[1]).

§. 6.

c) Casus III.

Quid fiat, si utraque obligatio, et quae inter delegatum et delegantem, et quae inter delegantem et delegatarium subesse debet, nulla aut quasi nulla est?

---

[1]) Muehlenbruch, Doctrina Pandectarum. §. 494.

Nocebuntne in hoc casu delegatario exceptiones ac defensiones ex eo petitae, quod *altera* stipulationis causa vitiosa est? Si eadem hoc quoque loco afferre velimus argumenta, quae supra, stipulatio in hoc quoque casu intacta erit: quum enim ratio, quae deleganti cum delegatario est, ad delegatum non pertineat, nullas adversus delegatarium delegantis delegatus habet defensiones, sed quum deleganti solvisse putetur, delegantem convenire potest, ut indebitum restituat; quum rursus ad delegatarium non pertineat, quae est delegato cum delegante, ratio, defensiones, quas delegatus adversus delegantem habuit, delegatarius non timebit, sed delegantis erit, cum ab ipso, non a delegato, delegatarius solutum accepisse putetur, id quod indebite solvisse videtur, condicere.

Aliud autem quid fontes constituunt:

L. 2. §. 4 (39, 5). Julianus Libro IX. Dig.

Si ei, quem creditorem tuum putabas, jusso tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem *doli mali exceptione summovebo;* et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem.

L. 7. §. 1 (44,4). Ulpianus Libro LXXVI ad Ed.

„Julianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem; *et*

habet haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.“

Ex his locis haec potissimum colligere possumus:

1. Illam adversus stipulatorem exceptionem et condictionem Julianum primum concessisse, quod quidem his potissimum verbis significari videtur: „Julianus putat . . . et habet haec Juliani sententia humanitatem[1]).“

2. Hanc exceptionem condictionemque humanitatis causa concessas esse, secundum igitur strictum jus recusandas futuras fuisse: quis enim est, qui nesciat, saepissime in juris Romani fontibus humanitatem stricto juri, seu juris subtilitati opponi? l. 13. pr. (28, 2), l. 86 pr. (29, 2), l. 4. §. 2 (40, 4), l. 12. §. 5 (49, 15). Humanitatis autem ratio, quae hic momenti fuit, manifesto haec fuit, quod hic quoque locum habet illud: „dolo petis quod redditurus es“, nam delegatarius id, quo sine causa locupletior factus est, deleganti, hic autem delegato reddere debet[2]).

3. Ante Julianum hoc in casu delegato condictionem tantum eamque adversus delegantem concessam fuisse; nam quo vis referendum esse verbum „etiam“, quo verbo illud quoque significari videtur, veterem condictionem condictione et exceptione, a Juliano datis, sublatam non esse, sed cum iis concurrere.

---

[1]) Eandem sententiam Erxleben etiam sequitur, Cf. „Die condictiones sine causa.“ Vol. I. pag. 164.

[2]) Ita etiam Erxleben: „Die condictiones sine causa.“ Vol. I. pag. 164.

Exceptio autem doli atque condictio ex eo quod delegatus sine causa promisit, non ex eo quod delegatarius sine causa stipulatus est, repetitae esse videntur. Aperte enim Ulpianus dicit, delegati inprimis, non delegantis rationem habuisse Julianum, cum delegato novam et magis idoneam jus suum persequendi rationem concesserit. Ratio igitur inter delegantem et delegatarium a promissore aliena est in hoc quoque casu[1]).

In uno casu ea, quae deleganti cum delegatario subest, ratio causa videtur esse exceptionis delegato adversus delegatarium concessae; nam in l. 8. §. 4. (16, 1) delegato exceptionem SCti Vellejani datam invenimus, quam delegans adversus delegatarium habuit.

L. 8. §. 3. ad SCtum Vell. (16, 1).

„Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra Senatusconsultum obligata debitorem suum delegaverit. §. 4. Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor ejus non fuit, exceptione Senatusconsulti poterit uti, quemadmodum mulieris fidejussor."

Qui autem factum est, ut in hoc casu exceptio, delegato concessa, ex alia, atque normali causa profecta sit? Ita sine dubio: secundum regulam modo expositam crederes, delegatum delegatario exceptionem doli oppositurum esse; atqui haec regula nullo pacto usurpari potest, etenim, quamquam delegatarius propter SCtum Vell. mulieris creditor non est, tamen ejus cre-

---

1) Cf. etiam Erxleben eod. et Sintenis, Pract. Civilr. T. II. §. 105.

ditor est, pro quo mulier intercessit; quodsi ex stipulatione cum delegato agit, pecuniam suam exigere videtur, nec ullus dolus ei exprobrari potest. Atqui mulierem, nisi exceptionem aliquam delegato concedis, parum tutam esse, manifestum est, nam, delegati regressui objecta, quamquam condictionem adversus delegatarium habet, tamen evenire potest, ut non recuperet pecuniam suam, si delegatarius non solvendo est. Ergo, si non exceptione doli, at alia quadam exceptione, delegato concedenda, incommodum a femina defendendum est: quod ut fiat, jurisconsultus, cum similitudo quaedam esse videatur fidejussoris et delegati, huic, ut fidejussori, exceptionem SCti concedit. Esse autem hoc anomaliam, feminarum gratia introductam, vel ex ea, quae adhibetur, fidejussoris parum idonea similitudine intelligitur.

Dicere igitur licet: secundum propriam delegationis notionem, in eo etiam casu, in quo non debitor non debitorem delegavit, stipulationem inter delegatarium et delegatum stabilem manere, nec exceptionibus aliisve defensionibus, ex pristinis causis repetitis, concuti posse.

Illud igitur delegationis natura effici videtur, ut, paucis quibusdam casibus exceptis, in quibus humanitatis causa aliud quid introductum est, stipulatio, inter delegatum et delegatarium contracta, ex pristinis causis prorsus non pendeat.

Itaque, si propter hanc stipulationem delegans vel delegatarius sine causa locupletior factus est, delegatus

delegantem, delegatarium autem delegans convenire debet: sive enim novatio fit sive non, perinde est ac si delegatus deleganti et delegans delegatario pecuniam dedisset.

§. 7.

APPENDIX.

Novanturne in superiore casu stipulatione, inter delegatarium et delegatum contracta, ambae quae subsunt obligationes?

Ab ea, quam et antiquiores jurisconsulti probant atque sequuntur[1]), opinione profecti eramus: in eo casu, in quo debitor debitorem creditori suo delegat, novationem duplicem fieri. Fitting[2]) inprimis propter formulas, quas a delegatario delegatoque usurpatas esse putat, hoc, recentiori tempore, negavit nec unquam plus una obligatione novari contendit.

Fitting enim putat verba stipulationis, inter delegatarium delegatumque contractae, aut haec fuisse: quod

[1]) Duaremus, in tit. D. de nov. et del.
Cujacius, in tit. C. de nov. et del.
Mynsingerus, Inst. jur.
Hottomannus, in Inst.
Vultejus, Comment. in Inst.
Pothier, Pand. Just.
Hofacker, Pand. Just.

[2]) Fitting, „Correalobligation.“ Liebe etiam ante Fittingium hoc contendebat, sed, quum Fittingius copiosius de illa quaestione disputaverit, quam Liebe, illum unum in hac disputatione sequamur.

te Titio dare oportet, id mihi dare spondes? aut: quod Titium mihi dare oportet, id mihi dare spondes? jure autem novationis eam solam tolli obligationem, quae secundum verba stipulationis in stipulationem transfusa est, alteram contra obligationem ipso jure jure in solutum dationis tolli.

Si formulae duae, a Fittingio allatae, solae essent aptae, concedimus sane alteram obligationem novatam esse, quin altera autem ipso jure tollatur dubitamus. Etenim fac esse in solutum dationem, tamen demonstrandum est in solutum datione nominis, per delegationem facta, ipso jure debitorem liberari, ut in solutum datione rei. Lege 4. de nov. et deleg. certe hoc impugnatur:

„Si usufructus debitorem meum delegavero tibi, non novetur obligatio mea, quamvis *exceptione doli, vel in factum* tutus debeat esse adversus me is, qui delegatus fuerit; et non solum donec manet ejus usufructus, cui delegavi, sed etiam post interitum ejus videbimus, quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei usufructus; et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti."

Species hujus legis haec est: debitor usufructus (sc. constituendi) ex voluntate creditoris sui solvendi causa tertio cuidam usumfructum promisit. Quum nova promissio, propter personalem usufructus naturam, materiem habeat a priore obligatione prorsus diversam, transfusio prioris obligationis in posteriorem ac preinde

novatio fieri nequit. Nihil aliud igitur, quam in solutum datio hic esse videtur. Sed ipso jure ne prior obligatio per in solutum dationem sublata est? Minime vero: nam priorem obligationem ope exceptionis solvi lege apertissime dictum est.

Ex hoc igitur loco concludere possumus, si una obligatio jure novationis, altera autem jure in solutum dationis tolleretur, hanc quidem ipso jure, illám autem ope exceptionis solutum iri.

Est autem in fontibus locus, ex quo certe intelligere possumus, utramque obligationem ipso jure tolli.
L. 3. Cod. de nov. et deleg. (8, 42):

„Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea *actiones apud te remanserunt,* .... exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta *jure novationis tu liberatus es,* frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita, debito liberatus sis.“

Sententia autem hujus loci haec est: delegatione nondum perfecta licet tibi cum debitore tuo nec minus creditori tuo tecum experiri; facta autem delegatione, cum non jam priorem adversus debitorem tuum actionem habeas (argumentum a contrario ex verbis: „ac propterea actiones apud te remanserunt“), ne creditori quidem tuo licet tecum agere, quoniam is quoque actio-

nem delegatione perfecta amisit. Quoniam igitur cum deleganti, tum delegatario actiones ablatas esse videmus, quod quidem ope exceptionis fieri nequit, utraque obligatio jure novationis sublata sit necesse est.

Duplex autem novatio fieri non potuisset, si altera Fittingianarum formularum usurpata esset. Ergo verba formulae aliter concepta fuisse necesse est, inprimis ita, ut utraque obligatio cogitari possit in stipulationem deducta. Verborum igitur conceptio vel haec fuit: quod Titius mihi, quodque tu Titio debes, id mihi dare spondes? vel haecce, quae nullius pristinarum obligationum rationem habet: centum mihi dare spondes?

Nos quidem hanc posteriorem formulam normalem fuisse putamus. Cum enim stipulatio inter delegatarium et delegatum ex pristinis causis prorsus non pendeat, priscaque formae severitate vigere videatur, consentaneum est etiam formae stipulationis, certa verborum conceptione adhibita, omnem ad priores obligationes respectum deesse, ita ut etiam prisca valere possit formae vis. Si enim unam ex duabus incertis Fittingii formis, vel eam, quam ipsi supra concinnavimus, incertam formam normalem fuisse ponis, nullae ex his, quas in fontibus, de delegatione in universum constitutas, invenimus, regulae adhiberi possunt.

I.

Fac stipulationem his verbis contrahi:

„quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes?“

Quibus verbis materiam pristinae obligationis inter delegatum delegantemque in novam inter delegatarium et delegatum ita translatam videmus obligationem, ut posterior obligatio prorsus ex priori apta sit nec, nisi prior obligatio quoque valeat, valere possit.

Hac igitur forma efficitur, ut quivis non debitor, sive ipso jure, sive ope exceptionis non debitor est, si delegari se passus est, ipso jure tutus sit a delegatario, quippe quum judicialis formulae intentioni, quae ad stipulationis formam aptissime accommodari solet, omnes delegati defensiones tacite insint.

Inde consequitur ad hunc casum regulas non pertinere, quae l. 12, l. 13. (46, 2), l. 2. C. (4, 5) constitutae sunt, nam hae quidem volunt non debitorem delegatum creditori delegatario solvere debere, recusantque, quin ulla eum adversus delegatarium defensione tueantur.

Quodsi vis valere illas leges haec duo tibi ponenda sunt:

1. Jurisconsultos, regulas illas conscribentes, eum casum spectasse, in quo delegatio altera, quam Fittingius affert, forma contracta est: quod Titium mihi dare oportet, id mihi dare spondes? id quod Fittingius ponit. Contra ejus autem sententiam haec afferri possunt:

a) Jurisconsultos Romanos regulas suas de universa dare delegatione nec ullam formularum differentiam memorare, quae si fuit, putasne jurisconsultos illos eam omissuros fuisse?

b) Quod vero inprimis memorabile est, Fittingius

censet, propriam delegationis formam hanc fuisse: quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes? quod sola necessario pristini debitoris consensum requirit; alteram autem formam delegationis propriam fuisse negat, quippe quum nova stipulatio etiam sine consensu pristini debitoris hac forma contrahi possit.

Si igitur probabile esset, quod Fittingius contendit, formulam: quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes? propriam ac normalem delegationis formulam fuisse, multo etiam magis mirandum esset, jurisconsultos Romanos, cum de universa delegatione praecepta darent, adeo errasse, ut praecepta eorum in eum tantum casum caderent, qui regularis ac normalis delegationis casus haberi non potest.

c) Si haec vere esset normalis formula, non minus mirandum esset, Tribonianum expositionem regularum illarum, ad formulam normalem non spectantium, ad legalem delegationis definitionem adjunxisse (cf. l. 11. l. 12. l. 13. [46, 2]), adjunctione illa ostendentem, se regulas illas ad omnes normales delegationis casus adhiberi posse putare.

2. Altera ad interpretandas illas leges haec conjectura est, quam et ipsi probamus, jurisconsultos formulam normalem hanc spectasse: centum dare spondes? Quam formam si normalem fuisse ponis nil obstat, quin regulae a jurisconsultis Romanis datae in universum valeant, nec necesse est, inferantur legibus distinctiones, quarum in illis ne verbo quidem mentio facta est. Confirmatur autem conjectura nostra hisce locis:

L. 2. C. (4, 5). Si citra ullam transactionem *pecuniam indebitam* alieno creditori promittere delegata es, adversus eam, quae te delegavit, condictionem habere potes.

L. 7. §. 1. (44, 5). Item Julianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo *pecuniam, quam me tibi debere existimabam*, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere; et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem.

Si altera formularum Fittingianarum hic usurpata est, haec sine dubio est: quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes? neque tamen secius vis non debitricem delegatam (l. 2. Cod. 4, 5) ipso jure adversus delegatarium tutam non esse, et non debitorem (l. 7. §. 1. D. 44, 4) non nisi exceptione a delegatario defendi? Quodsi stipulatio re vera ea, quam dicis, forma contracta esset, absurdum esset. Hic autem Fitting certe dicere non potest, jurisconsultum scripsisse quidem: „si pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es," aut „si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero," animo vero ejus alteram hanc formulam obversatam esse: quod Titium mihi dare oportet, id mihi dare spondes?

Leges igitur illas nullo modo interpretari possumus, nisi sumamus stipulationem certe conceptam fuisse; illa autem legum, quae typis cursivis expressa sunt, verba demonstrationem tantum esse quantitatis.

II.

Pone hanc fuisse formulam: „quod Titum mihi dare oportet, id mihi dare spondes?“ neque tamen similes, atque in priore formula, difficultates evitabis: novam enim inter delegatarium et delegatum stipulationem totam ab ea, quae inter delegantem et delegatarium praecessit, pendere obligatione necesse erit. Id quod cum stipulationis illius natura et praeceptis pugnare jam supra copiosissime demonstravimus.

III.

Formula tertia: „quod Titium mihi, quodque te Titio dare oportet, id mihi dare spondes?“ conjunctae sunt duae superiores formulae et simul utriusque incommoda: hac enim formula efficitur, ut nova stipulatio simul ab utraque obligatione antecedente pendeat. Scimus vero hoc stipulationis illius naturae contrarium esse.

Hic autem locus aptus est, quo illud moneatur: novimus in eo casu, in quo et delegans et delegatus putativi fuerunt debitores, ante Julianum delegatum adversus delegatarium nullam habuisse defensionem, per Julianum porro demum concessam ei esse exceptionem doli. Qui vis autem delegatum unquam adversus delegatarium ipso jure tutum non fuisse, aut exceptione eguisse, si formula stipulationis aut haec fuit: quod te Titio dare oportet, id mihi dare spondes? aut haec: quod Titium mihi dare oportet, id mihi dare spondes? aut haec denique: quod te Titio, quodque Titium mihi dare oportet, id mihi dare spondes? Quarum formularum, si

qua usus esset delegatus, a stipulatore sine dubio ipso jure tutus fuisset.

Cur autem delegatus priori tempore omni defensione caruerit, curque exceptio doli per Julianum postea concessa sit, tum demum intelligere poteris, si sumpseris normalem stipulationis formulam certam fuisse.

Eandem sententiam etiam Baehr secutus, dicit: „Die neugeschaffene Forderung ist von den älteren Schuldverhältnissen ganz unabhängig. Freilich konnte eine Abhängigkeit dennoch herbeigeführt werden durch die relative Fassung der Stipulationsformeln, indem der Schuldner nur versprach: quidquid eum ex emto etc. Titio dare facere oportebat.“

Quodsi forma relativa adhibetur putandum est, voluntate contrahentium delegationis jus aliquid mutatum esse. Illud quoque, formula relativa, quae normalis non est, adhibita, evenit, ut ea tantum obligatio novetur, cujus stipulationis conceptione ratio habita est, altera autem non ipso jure, sed ope exceptionis jure in solutum dationis tollatur.

Forma autem normali, quam leges de delegatione datae spectant, usurpata, duplex semper novatio fit.

III. *Ratio quae delegato cum delegante, deleganti autem cum delegatario est.*

§. 8.

1. Introductio.

Si verum est stipulatione inter delegatarium delegatumque contracta effici, ut delegatus deleganti, dele-

gans autem delegatario solvisse videatur, quaeritur, nihilne alius sit is, qui duplici huic solutioni et inter delegatum delegantemque et inter delegantem delegatariumque antecedit, consensus, quam pactum de solutione verbis facienda, an, quae vulgaris hodie sententia esse videtur, mandatum de stipulando, seu de promittendo, solvendi causa contractum? Prout alterum sumimus, rationes inter delegantem, delegatum, delegatarium, jurisque consequentia tam diversa erunt, ut necessario alterum tantum nobis summendum sit.

Nos quidem, quum sumamus esse simplicem de solutione consensum, conemur sententiam eorum refellere, qui mandatum esse affirmant. Quod quidem eo difficilius erit, quia nullius notionis juridicae fines tam tenues atque fusi sunt, quam hujus. At certe non caret finibus: nonne enim Romani ipsi mandatum tua tantum gratia secernunt a finibus proprii mandati? Num unquam Romani interpellationem debitoris pro mandato de solvendo habuerunt?

Sunt enim quaedam notae, quibus dignosci potest, mandatumne contractum sit, an aliud quid? quas notas esse, vel inde apparet, quod mandatum tua tantum gratia segregatur a proprio mandato. Huc etiam accedunt cum aliquot juris consequentia, tum principalis partium intentio. Quanta autem Romanorum in constituendis mandati finibus sit subtilitas, quantamque rationem habeant principalis partium consilii, demonstrare volumus loco gravissimo, ex quo intelliges non

semper, si speciosa casus forma id suadere videtur, mandatum statuere licere.

L. 8. pr. D. de precario (Ulp.).

Quaesitum est, si Titius me rogaverit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero, ut concederet, et ille, dum mihi vult praestitum, concesserit; Titius a me habet precario, et ego cum eo agam interdicto de precario; Sempronius autem non aget cum eo, quia haec verba: ab illo precario habes, ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cujus res est. An tamen Sempronius mecum, quasi a me rogatus, interdictum habeat? Et magis est, ne habeat, quia non habeo precario, quum non mihi, sed alii impetravi; mandati tamen actionem potest adversus me habere, quia me mandante dedit tibi; aut *si quis dixerit, non mandatu meo, sed magis mihi credentem*[1]) *hoc fecisse*, dicendum est, *in factum dandam actionem* et adversus me.

Quam facile hoc loco alius quis sine ulla casuum distinctione mandati actionem daret! Quanta contra subtilitate jurisconsultus Romanus hic varios inter se casus distinguit! Aptius enim ei videtur mandati actionem tum tantum concedere, si partium animus mandati contrahendi fuit; sin vero credendi animus partium fuit, actionem in factum dat jurisconsultus, negotio actionem quam aptissime accommodaturus.

Jam spectemus primum, quae juris ratio inter de-

[1]) „Me intercedente“ Vulg.

legantem et delegatarium, tum quae inter delegatum et delegantem intercedat.

§. 9.

2. Quae deleganti cum delegatario juris ratio sit.

a) Legimus in Institutionibus:

J. III, 26. pr. „Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur."

Cujus autem gratia vis mandatum esse, quod delegatarius cum delegante contraxisse dicitur? Certe concedes mandatum hoc delegatarii tantum gratia esse, quum per stipulationem delegatarius debitam pecuniam accepisse, stipulandoque eam exegisse videatur. Nec fontium sententia ab hac, quam modo dixi, differt, nam in l. 38. §. 3 (39, 5) legimus verba: „creditor suum negotium gerit". Sine dubio autem huic dicto haec sententia inest, nullius nisi creditoris ipsius negotium id esse, quod gerit. At vero si quis dubitat, quin verbis illis: „suum negotium gerit" alieni negotii gestio omnino excludatur, dubitare certe desistet legens l. 22. §. 2 et l. 45. §. 7 (17, 1).

L. 22. §. 2. (17, 1). „Interdum evenit, ut *meum negotium geram*, et tamen utilem habeam mandati actio-

nem, veluti, quum debitor meus, periculo suo, debitorem suum mihi delegat, aut quum rogatu fidejussoris cum reo experior; nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illius negotium gero; igitur quod minus servavero, consequar mandati actione."

L. 45. §. 7 eod. „Quod mihi debebas, a debitore (tuo. ins. Hal. Vulg.) stipulatus sum periculo tuo; posse me agere tecum mandati in id quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus ajunt, quamvis id mandatum ad meam[1]) rem pertineat; et merito; tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur."

His certe locis apertissime declaratur, ferme delegatarii tantum esse negotium quod gerit, quum a delegato stipulatur, excepto quidem eo casu, in quo delegans, suscepto in se periculo, meram delegationis naturam paullulum immutavit. Quamquam igitur stipulatione delegatarii quidam eduntur effectus, qui in delegantem delegatumque redundant, hoc tamen non idcirco fit, quod delegatarius negotia eorum gessit, sed sunt potius effectus a delegatario non spectati: hic enim nihil aliud, quam pecuniam debitam exigere suumque negotium gerere vult, neque aliud quid velle debet. Non enim est ei ratio, quae deleganti cum delegato est, curanda, ne curiosus videatur. Nihil igitur ejus interest per

[1]) Lectionem Haloandrinam secuti sumus, quae hic manifesto prisca ac recta est, Florentinae enim lectio est: „tuam."

stipulationem, ab ipso contractam, solutionem a delegato deleganti factam esse, delegantemque a delegato suum recepisse.

b) Si ratio inter delegantem et delegatarium vere esset mandatum, omnia ea inter eos valerent, quae ex jure mandati quasi profluunt: delegantem igitur fere delegatarium indemnem praestare oporteret, delegatarioque de ea re mandati contraria competeret actio, justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset in l. 61 §. 5. (47, 2) invenimus, delegatarium autem omne id, quo ex mandati executione locupletior factus est, deleganti reddere oporteret, delegantique de ea re mandati actio directa competeret. In fontibus vero praecepta invenimus haecce:

α) Quid fontes praecipiant, si delegatarius ex stipulatione detrimentum fecit.

aa) l. 68. §. 1. (21, 2). Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus, quae prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus est, habebit.

Patet nomen delegatum pignoribus, quae prior creditor acceperat, in quaeque delegatarius successisse videtur, munitum fuisse. Manifestum autem est hic delegatarium eam solam ob caussam ex voluntate delegantis stipulatum esse, quod pignoribus tutum se fore speravit; pignoribus igitur evictis, delegatarium, si vere

mandatarius est, actione mandati contraria uti posse aequum est, ut nova ei constituantur pignora, simili modo, ac creditor pignoraticius, ut novum ei pignus detur, actione pignoratitia contraria agere potest, l. 16. §. 1. de pign. act. (13, 7). Nulla vero lege allata delegatario actio conceditur.

bb) item si mandatum inter delegantem delegatariumque esset, delegantem delegatarium indemnem praestare oporteret, si debitor delegatus solvendo non esset: manifestum enim esset delegatarium ex mandati exsecutione damnum pati. Scimus autem fere non delegantis, sed delegatarii periculum esse nominis delegati: l. 45. §. 7., l. 22. §. 2., l. 26. §. 2. (17, 1.), l. 18. (46, 1.). Excipitur quidem is casus, in quo speciali pacto delegans periculum nominis in se suscepit: quum enim mandatum qualificatum contractum esse videatur, mandati valent praecepta, mandatique partibus competunt actiones.

Itaque, quod quidem ex omnibus iis, quae supra diximus, colligere possumus, si delegatarius mandatarius esset, illud, quod in delegatione de periculo regula est, exceptio, quod exceptio, regula esse deberet.

β) Quid leges praecipiant, si delegatarius ex stipulatione locupletior factus est.

Si vere mandatum inter eos esset, delegatarius omne id, quod ad eum ex mandati exsecutione perveniret, deleganti reddere deberet.

Idem igitur fieret, quod ex lege 10. §. 6. (17, 1.) fieri cognoscimus:

„Si cui mandavero, ut a Titio stipuletur, potero cum eo, cui mandavi, agere mandati, ut eum accepto liberet, si hoc velim, vel si hoc malim, in hoc agam, ut eum deleget mihi, vel si cui alii voluero."

Ea autem delegatarii ex mandato obligatio tum quidem sine effectu esse cogitari potest, si ipse delegatarius delegantis creditor est: hic enim debitorum compensatio animo fingi potest.

At vero si delegans falso se delegatario debere putans, debitorem suum ei delegavit, nonne tum actione mandati delegatarius cogendus est, ut id, quod ex negotio ad eum pervenit, deleganti restituat? Etenim si delegatio ex mandatis eorumque perfectione constat, ex mandati jure, quippe cum mandatum proxima stipulationis causa fuerit, sine dubio rationes inter delegantem et delegatarium dijudicari oportet. Sed ne hic quidem de actione mandati quidquam in fontibus legimus. Jurisconsulti enim Romani condicticiam actionem deleganti concedunt in delegatarium.

L. 8. §. 3. (16, 1).

„Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra SCtum obligata debitorem suum delegaverit; nam hic ipsi *competit condictio, quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret;* solvit enim et qui reum delegat.

Non igitur, ut ex omnibus, quae praecesserunt, intelligimus, ex mandati jure, sed ex simplici solutionis notione ratio, quae est inter delegantem et delegatarium,

quoque afferre possumus, in fontibus, quum varii delegationum casus exponuntur, delegantem cum delegato, non cum delegatario contrahere videri.

§. 10.

3. Quae ratio deleganti cum delegato sit.

a) Quamquam loci non extant, quibus disserte dicatur delegatus, delegatario promittens, suum tantum negotium gerere, tamen in promtu est, eum nihil aliud spectare, nisi, ut suum debitum solvat, non id, ut, mandato insuper suscepto, novam insuper mandati obligationem solvat. Etiamsi enim promissione ejus efficitur, ut et delegans delegatario solvisse, et delegatarius a delegante suum exegisse videatur, tamen non fit idcirco, quod delegatus de industria negotia aliena gessit, neque hic effectus a delegato cogitatus est. Ratio enim, quae est inter delegatarium et delegantem nihil ad delegatum pertinet.

b) Si vere mandatum inter delegatum delegantemque esset, certe haec, ut Thoelii[1]) verbis utar, ponenda essent: „Der Delegant mufs den Delegat schadlos halten, decken; die Deckung liegt meistens in der Befreiung von der Schuld, daher mufs er, wenn er den Delegat irrig für seinen Schuldner hielt, ihm zahlen oder ihn von dem Versprechen von dem Delegatar befreien.“ Quae omnia ex mandati notione consequi, quis est qui nesciat? Sin vero putat delegato ad jus

[1]) Thoel, Handelsrecht Bd. I. §. 130.

suum persequendum actionem mandati competere, errat. Habet enim delegatus condictionem certi, si pecunia jam soluta est, condictionem incerti, si pecunia nondum soluta est: l. 12, l. 13, l. 19 (46, 2), l. 7. §. 1 (44, 4), l. 2. C. (4, 5).

Ergo videmus de rationibus inter delegantem delegatumque non ex mandati, sed ex solutionis specie judicari, quippe quum earum, quae delegationis participes sunt, personarum animus non mandati contrahendi, sed solutionis perficiendae sit.

c) Si inter delegatum et delegantem intercederet mandatum, quum delegatus delegantis esset procurator, necessario delegato adversus delegatarium exceptiones et defensiones competerent, quas delegans habuit[1]).

Unde, cum mandati jus cum delegationis natura pugnare manifestum sit, facile intelliges rationes inter delegantem et delegatum mandati naturam habere non posse.

d) Jam quaerimus, nonne verisimile sit verbum delegandi, ut in jure publico, ita etiam in jure privato oppositum esse mandandi verbo? Nonne verisimillimum est verbis istis, cum in jure publico id significare solent, utrum suo nomine quis, an aliena vice judicis munere fungatur, tum in jure privato id significari, utrum suum quis an alienum negotium gerat?

e) Recte ita nos conjicere, affirmatur Romanorum loquendi consuetudine; nusquam enim verbum man-

---

[1]) Thoel, Handelsrecht I. §. 130. Arg. l. 29 pr. §. 1, 2, 3, 4, 5. l. 48 pr. mandati (17, 1).

dandi technice pro verbo delegandi usurpatum invenimus. Si autem Romani pro verbo delegandi aliud ponunt, inprimis verbo jubendi utuntur; scimus autem eos amantissimos esse tum maxime hujus verbi, si proprium mandatum nec est nec esse potest. Reminiscare nomen ejus actionis, quae in patrem datur, si consentiente eo filius sese obligavit (actio quod jussu).

Unus locus, ex quo jurisconsulti, parum curae ad interpretationem adhibentes, de actione mandati inter delegantem et delegatum conjecturam facere solent est l. 12. de nov. et deleg.:

„(Paulus). Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit, sed is, qui delegavit, tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset; *et ideo, quum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati judicio.*

Vulgaris hujus loci interpretatio ea, quam Cujacius fecit, est:

„eum, qui delegavit, delegato, si pecuniam solverit ei, cui delegatus est, teneri actione mandati; non condictione tantum certi, si pecuniam solverit, sed etiam mandati, quia ex mandatu ejus solvit. Delegatio mandatum est.“

Quae, quamvis vulgaris interpretatio sit, tamen eam

impugnare audemus, quod ausum eo periculosius est, quia profiteri coacti sumus non posse nos per positionem hunc locum interpretari; tamen per detractionem hoc nos effecturos esse speramus, ut, quaevis sit ejus loci sententia, ex eo non conjici possit, mandatum esse inter delegantem et delegatum.

1. Praecipue vero id colligi non potest propter verborum structuram:

a) Si vere ille locus vult delegatum, si pecuniam jam solvit, praeter condictionem certi, etiam actione mandati uti, quid sibi tum vult tautologia, quae efficitur verbis: „quum ipse praestiterit pecuniam," quum idem jam verbis: „si (pecunia) soluta esset," dictum sit?

b) Deinde si verbis: „ideo quum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati judicio," jurisconsultus significare voluit delegatum esse, qui pecuniam praestiterit cuique mandati judicium concedatur, quare putas usurpatum esse pronomen „ipse"? ex quo magis illud conjicis, personam, cui actio mandati conceditur, utpote nova ei opponi, cui condictiones concedebantur?

c) Denique: si verba ista nihil spectant nisi illud, ut in eo casu, qui in principio sententiae positus erat, condictionibus actionem mandati adjungant, quid vult repentina verborum structurae vicissitudo, quae ab omni ratione abhorreret, nisi excitatae animi exspectationi sufficeret, vicissitudine illa ordiri expositionem novi cujusdam facti?

Si verborum sequimur structuram, is, qui actione mandati utitur, nemo esse potest alius, nisi qui delegavit, nec conceditur ei illa actio ex delegatione ipsa, sed ex nova ad delegationem accedente causa: „quum ipse praèstiterit pecuniam.“ At utri vis eum pecuniam praestitisse, delegato an delegatario? et contra utrum uti actione mandati? hoc obscurum est.

2. At vero non grammaticalis tantum, sed logica etiam interpretatio impedit, quominus delegatus sit, qui actione mandati utatur, si pecuniam solvit. Si enim vere „delegare“ et „mandare“ idem esset, quare delegato actio mandati tum tantum conceditur, si pecuniam solvit, ut solutum repetat, quare non tum etiam si pecunia nondum soluta est, ut ea liberationem consequatur? Mandati enim judicium ad eum unum casum pertinere, in quo pecunia jam soluta est, absurdum est.

Sententia nostra autem eo confirmatur, quod, quum tot locis de actionibus legimus, quae delegato adversus delegantem conceduntur — nusquam aliae memorantur nisi condicticiae. Qui autem fieri hoc posset, si vere „delegare“ idem esset ac „mandare“? Nonne enim jurisconsulti, de delegatione disputantis, illud sponte subiisset animum, ut delegationi, quippe mandato, mandati adjungeret actionem?

Denique a nostra parte glossa stat. Scimus enim jam ex introductione, ad historiam litterariam pertinente, glossam distinguere inter verba: „delegare“ et „mandare“, — itaque etiam Accursius clausulam legis 12.

interpretatur hisce verbis: „cum simpliciter mandaverit, id est non delegaverit“. Libentissime hanc interpretationem sequeremur, nisi timeremus, ne simplicitas et unitas loci tolleretur, si probaremus, non tantum novum aliquod factum accedens, quod quidem ipsi sumpsimus, sed casum prorsus novum clausula illa contineri. Glossae autem sententiam, ut supra cognovimus, Duarenus etiam secutus esse videtur.

Jure igitur putamus illum locum afferri non posse contra nostram sententiam.

Ad summam: delegare non est mandare. Consensus igitur, qui in delegatione inter delegantem delegatariumque et inter delegantem ac delegatum requiritur, nihil aliud est, quam consensus de solutione verbis perficienda. Itaque si stipulatio inter delegatarium et delegatum contrahitur, duplex perficitur solutio, non duplex mandatum.

§. 11.

C. Summa.

Jam igitur praecepta, quae ex normali nostro casu percepimus, breviter conplectamur:

Ex simplici illa sententia, delegatione facta perinde esse, ac si delegans acceptam a delegato pecuniam delegatario solverit, hic autem delegato eam crediderit, haec consequuta sunt:

1. Delegatarii esse periculum nominis delegati, nisi speciali pacto delegans periculum in se suscepit.

2. Stipulationem, inter delegatarium et delegatum contractam, ex pristinis causis nihil pendere.

3. Rationes juris inter delegatum et delegantem et inter delegantem et delegatarium ex datione ejusque causa dijudicari.

Ad quos autem alios hujus, quam normalem appellavimus delegationis casus, praecepta illa pertinent?

Ad omnes eos casus contendimus, in quibus, stipulatione inter duas personas ex voluntate Tertii cujusdam inita, illud efficitur, ut perinde sit, ac si Tertius acceptam a promissore summam stipulatori dederit, hic autem promissori eam crediderit; tum enim ipsius rei natura efficitur, ut ex eodem, ex quo in casu normali, fonte, eadem profluant praecepta.

PARS TERTIA.

AD QUOSNAM ALIOS CASUS PRAECEPTA CASUS NORMALIS ADHIBENDAE SINT.

§. 1.

A. Eorum casuum, in quibus eadem, atque in casu normali, ratio valet, conspectus.

Disputantes de casu normali ab ea sententia profecti eramus, stipulatione inter delegatarium et delegatum contracta duplicem fieri novationem. Ex novationis autem notione, cum solutioni similis esse videatur no-

vatio, concluseramus, delegatione perfecta perinde esse, ac si delegans acceptam a delegato pecuniam delegatario dederit, hic autem eam delegato crediderit. Quod quidem in disputatione longius progressi etiam tum fieri cognovimus, si novatio non fit, inprimis si obligationes, quas subesse necesse est, desunt. Nunc igitur illud statuere nobis licet: stipulatione hoc consilio, consentiente tertia aliqua persona, contracta, semper effici posse, ut perinde sit, ac si Tertius ille (delegans) acceptam a promissore (delegato) pecuniam stipulatori (delegatario) dederit, hic autem eam promissori (delegato) crediderit, et tum modo novationem fieri, si subsunt obligationes generis ejusdem.

Quum igitur delegatione perfecta una a delegato ad delegantem, altera a delegante ad delegatarium profecta esse videatur datio, consentaneum est inter delegatum delegantemque et inter delegantem delegatariumque praeter duplicem solutionem, quae ad casum normalem pertinet, omnia ea negotia, varie bina composita, expediri posse, quae datione intercedente perfici solent, scilicet solutio, donatio, creditum; eaque fere omnia, summa varietate composita, in fontibus occurrunt:

1. Solutio a delegato deleganti et donatio a delegante delegatario factae:

L. 21. §. 1. (39, 5). „Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione, necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere

non potest, quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris."

Cf. l. 2. §. 3. (39, 5) et l. 7. pr. (44, 4).

2. Donatio a delegato deleganti et solutio a delegante delegatario factae:

L. 21. pr. (39, 5). „Ut mihi donares, creditori meo, delegante me, promisisti; factum valet, ille enim suum recepit."

Cf. l. 5. §. 5. (44, 4), l. 41. pr. (42, 1), l. 33. (46, 2).

3. Donatio a delegato deleganti et donatio a delegante delegatario.

L. 2. §. 2. (39, 5). „Quum vero ego, Titio pecuniam donaturus, te, qui mihi tantundem donare volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est."

Cf. l. 41. pr. (42, 1) et l. 33. §. 3. (39, 5).

4. Solutio a delegato, et datio credendi causa a delegante delegatario factae.

Hujus autem compositionis duo afferre possumus exempla gravissima ac memoratu dignissima:

a) Mulier, marito suo dotem constitutura, debitorem suum marito delegat: contracta stipulatione debitor liberatus et dos constituta est.

L. 36. (23, 3). „Debitor mulieris jussu ejus pecuniam viro *expromisit*, deinde vir acceptam eam jussu mulieris fecit . . . . si secutis nuptiis id factum est, *dote jam constituta*, maritus accepto ferendo perdit dotem . . . ."

Cf. l. 5. §. 5. (44, 4), l. 9. §. 1. (12, 4), l. 78. §. 5. (23, 3), l. 4. §. 21. (44, 4).

b) Stipulatione inter delegatarium et delegatum solutio inter delegatum et delegantem efficitur, inter delegantem et delegatarium vero creditum, quo actio pecuniae creditae nascitur.

Appellamus autem casum illum condictionis Juventianae:

L. 32. de R. C. (12, 1). „Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est."

Quo loco creditum solam eam ob causam contractum non est, quod error in persona creditoris intercessit, qui quidem error, quum ad essentialia negotii pertineat, efficit, ut crediti obligatio nullo modo fieri queat. Quare jurisconsultus, idcirco tantum quod pecunia delegantis stipulator locupletior factus sit, hic obligationem esse statuens, condictionem, eamque certe „sine causa", concedit. Argumento autem a contrario colligere possumus, si verus consensus fuisset, delegatarium, quia pecunia ei credita esset, deleganti ex credito obligatum futurum fuisse. Quae quidem obligatio uno eo tempore,

quo stipulatio, contracta esset, non eo demum tempore, quo naturalis pecuniae promissae solutio facta esset: nam quid putas aliud sibi velle formam praesentis temporis „obligaris“ in primo loci nostri enunciato?

5. Datio credendi causa a delegato deleganti et solutio a delegante delegatario factae.

Hujus quoque compositionis extant duo gravissima exempla:

a) Mulier, dotem marito constitutura, ab eo creditori ejus delegari potest, ita ut illius promissione simul dos marito (deleganti) constituatur et creditori ejus (delegatario) debitum solvatur.

L. 59. pr. (23, 3). „Mulier . . . . promissura viro dotem, potest delegante eo alteri *promittere* . . . . His enim casibus viro dos quaeritur . . . .“

Quum igitur mulier promissione alii facta marito dotem constituere possit, nimirum etiam expromissione potest, ita ut maritus a creditore liberetur.

b) Delegatus delegatario promittens simul delegantem a delegatario liberat, eumque sibi obligat ex credito, quo actio creditae nascitur pecuniae.

L. 19. §. 3. (14, 3). „Servus, pecuniis tantum foenerandis praepositus, per intercessionem aes alienum suscipiens, ut institor, dominum in solidum jure Praetorio non adstringit; quod autem pro eo, qui[1]) pecuniam foeneravit, per delegationem alii promisit, a domino

---

[1]) Cui ex cj. Meyerfeldii.

recte petetur; cui pecuniae creditae contra eum, qui delegavit, actio quaesita est."

Manifestum est servum hic creditum ita contraxisse, ut a futuro suo debitore creditori ejus expromittere delegatus sit. Delegatario enim satisfactum est, cum per delegationem pecuniam exegisse videatur, delegans autem delegato — in lege quidem allata servi domino — ex pecunia credita obligatus est, idque simulac stipulatio inter delegatarium et delegatum contracta est, non tum demum, quum pecunia promissa naturaliter soluta est: nam quid aliud putas sibi velle tempus perfectum „quaesita est", quo sine dubio significatur actionem creditae pecuniae protinus promissione natam esse?

6. Datio credendi causa a delegato deleganti, et datio credendi causa a delegante delegatario factae.

Cujus compositionis exemplum quamquam in fontibus non legimus, tamen incidere eam posse patet; quin etiam habent fontes ea, quorum ope facillime exemplum duplicis per delegationem crediti componere possimus, ita imprimis l. 59. pr. (23, 3) — unde scimus marito dotem acquiri etiamtum, si uxor, dotem constitutura, alii quam marito ex voluntate ejus promittit — et l. 32. (12, 1) — unde novimus delegantem per delegationem debitoris sui actionem creditae pecuniae acquirere posse adversus delegatarium. Atqui summa legis 32 (12, 1) vis non in eo posita est, ut debitor sit, cujus promissione deleganti actio crediti acquiratur adversus delegatarium, sed in eo, ut promissio, non natu-

ralis numeratio, sit, qua quis Tertio, cujus jussu promisit, actionem crediti acquirat. Nonne igitur cogitare possumus aliquem uxorem, dotem ipsi promissuram, Tertio cuidam, cui crediturus est delegare, ita ut promissione facta et actio dotis mulieri adversus maritum, et actio crediti marito adversus delegatarium nascatur?

7. Donatio a delegato delegantí et datio credendi causa a delegante delegatario factae.

Cujus compositionis hoc nobis fontibus traditum exemplum est: aliquis, mulieri donaturus, ab ea viro in dotem delegatur, ita ut promissione et dos et donatio simul perficiantur: l. 41 pr. (42, 1), l. 33 (23, 3).

Haud difficile autem erit exemplum illius casus componere, in quo delegans, cui delegatus donaturus erat, ita credat delegatario, ut ipsi actio crediti inde oriatur: puta, te, decem mihi donaturum, jussu meo decem ei promittere, cui tantundem crediturus sum. Fortuito igitur dicere licet factum esse, ut careant fontes ejusmodi exemplo.

8. Datio credendi causa a delegato deleganti et donatio a delegante delegatario factae.

Ne hujus quidem casus extat in fontibus exemplum; tamen, et tam facile ille cogitari potest, et evenit tam saepe in vita quotidiana, — puta te, mihi decem crediturum, jussu meo ei, cui tantundem donaturus sum, promittere — ut, praesertim quum jam tot delegationum exempla ex fontibus attulerimus, dubitare non possimus, quin statuamus in juris etiam apud Romanos

commercio casum illum et evenire potuisse et evenisse, nec nisi fortuito factum esse, ut nullum in compilatione Justiniana ejus casus exemplum extet.

Quod igitur stipulatione inter delegatum et delegatarium inita, quae creditum verbis contractum a Romanis recte appellatur, duplex et inter delegatum delegantemque et inter delegantem delegatariumque videtur effici datio, de omnibus quos adhuc memoravi, casibus, dici potest illud: perinde est ac si delegans acceptam a delegato pecuniam delegatario dederit, hic autem eam delegato crediderit.

Promissione igitur inter delegatum et delegatarium contracta idem consequi potes, quod consequi potuisses, si delegatus delegatario veram fecisset dationem.

L. 56. de solut. Qui mandat solvi ipse videtur solvere.

L. 180. de R. J. Quod jussu alterius solvitur pro eo est, quasi ipsi solutum esset.

Cf. l. 49. (46, 3), l. 15. de R. C., l. 5. §. 1. (23, 3), l. 34. pr. (17, 1), l. 3. §. 13. (24, 1), l. 5. pr. (38, 5).

Omnino igitur per interpositam personam cum solvere, credere, donare, tum solutionem, creditum, donationem accipere possumus.

§. 2.

B. Cujus sit periculum nominis delegati.

Quod igitur in omnibus, quos enumeravi, casibus perinde est, ac si delegans acceptam a delegato pecuniam delegatario dederit, hic autem eam delegato cre-

diderit, periculum novi nominis, ut in casu normali, ad delegatarium pertineat necesse est.

I. Quod ita esse, si delegatarius creditor delegantis est, in fontibus disserte dicitur, certe de eo casu, in quo delegatus debitor delegantis est.

At certe idem fit in eo quoque casu, in quo delegatus non delegantis debitor erat, sed ei donare vel credere volebat. Ad delegatarium enim nihil omnino pertinet ratio inter delegatum et delegantem (l. 19. de nov. et deleg.), neque igitur est, cur delegatarii intersit, quale negotium inter illos duos intentum fuerit. Atque quod maximi hic momenti est, bonum nomen fecit delegatarius, quum nomen pro pecunia sequi maluerit.

Quum igitur delegatarius suum recepisse videatur, recepti periculum ejus est, sive debitor est delegantis delegatus, sive donator, sive creditor.

II. Periculum nominis delegatarii esse tum, si delegans, delegatario donaturus, ei aliquem delegavit, per se patet.

III. Illud unum in dubitationem vocatum est, num delegatarii tum quoque sit periculum, si delegatio credendi causa facta est[1])?

Sed illud admonendum est, hic quoque delegatarium, quum nomen pro pecunia sequi maluerit, bonum nomen

[1]) Imprimis ab Hassio in libro, quem inscripsit: „Lehre von der Culpa“ (cap. XII). Ejus autem sententia refutata atque rejecta est a Meyerfeldtio: Rhein. Museum VII. p. 100 sqq., quem quidem nos quoque hoc loco sequimur.

fecisse. Neque audiendus est, qui dicat cum aequitate pugnare, si quis ad id reddendum obligetur, quod non acceperit; ei enim, qui hoc dicat, sine dubio illud quoque iniquum videbitur delegatarium, in delegatione solvendi causa facta, cum naturaliter suum non receperit, regressum adversus delegantem non habere. Non igitur est, cur in delegatione credendi causa facta aliud valeat jus, atque in delegatione solvendi causa, quum utraque delegatio ex causa onerosa fiat.

Sententia autem nostra legibus quibusdam confirmatur, quae ad omnes sine dubio delegationes credendi causa factas pertinent, quamquam tantum de delegatione dotis causa facta datae sunt. Quum enim mariti sit periculum nominis in dotem delegati, quamvis arctissimum sit conjugii vinculum, eo magis in ceteris credendi causa delegationibus delegatarii aequum est esse periculum nominis delegati.

In delegatione autem dotis causa facta marito-delegatario periculum nominis delegati subeundum esse, ex his potissimum fontium locis apparet:

1. L. 6. (23, 4). „Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium, *quamvis pacisci possit, ne sit periculo ejus nomen debitoris,* qui ei dotem promisit ....“

Unde, cum, ne sit periculo mariti nomen debitoris in dotem delegati, speciali pacto opus sit, manifestissime apparet, fere periculo mariti-delegatarii esse nomen delegatum.

2. L. 46. pr. (23, 3). „Quemadmodum invito domino servus stipulatus acquirit, ita, si dotem domini nomine sibi promitti patiatur, obligatio domino acquiritur; sed neque periculum dominus praestare debebit, si forte debitor mulieris dotem promiserit, neque culpam. Traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filii familias facta dos constituitur, ita ut neque periculum, nec culpam dominus aut pater praestet. Igitur *hanc dotem periculo mulieris esse dico, quamdiu dominus vel pater ratam promissionem vel donationem habuerit;* ideoque etiam manente matrimonio res, quas tradiderit, condictione repetituram; item incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur."

Ex quo loco, quum, pro personis alieni juris sui juris personis positis, ratihabitione patris aut domini opus non sit, facile intelliges, inde ab eo tempore, quo facta est promissio, fere ad delegatarium pertinere periculum nominis in dotem delegati.

3. L. 53. (23, 3). „Quum vir uxori donare vellet, debitor mulieris, qui solvendo non erat, dotem ei promisit; *ad id dumtaxat, ad quod solvendo fuit, viri periculo ea res est;* et si quid debitori ad solvendum facultatis accesserit, *periculum ad eam summam, quae accesserit, crescet, permanebitque,* etiam si rursus pauperior factus erit, quia neque tum, quum dos promitteretur, donatio facta est, nisi ejus pecuniae, quae a debitore servari non poterat, neque quum solvendo is esse coepit, donationis causa permaneat, quum eo loco res sit, quo

esset, si tum quoque, quum promitteretur dos, locuples fuisset."

Hoc loco maritus, uxori donaturus, vetitam inter virum et uxorem donationem, in fraudem legis, ita perficere conatur, ut debitorem mulieris, quem non solvendo esse haud ignorat, per delegationem in dotem accipiat. Qua donandi ratione cur maritus usus sit, tum demum intelliges, si sumpseris fere mariti esse periculum nominis in dotem delegati: nihil enim aliud egit maritus, nisi illud, ut ipse, soluto conjugio, cogatur ad plus, quam acceperit, reddendum. Quod, si periculum nominis ad mulierem pertineret, non aliter consequi posset, nisi pacisceretur, ne sit periculo mulieris nomen debitoris in dotem delegati, quod maximi momenti pactum, cum ne verbo quidem loco allato a jurisconsulto attingatur, non intercessisse putandum est.

Jurisconsultus igitur de hac donatione, quae cum dotis constitutione conjuncta et ea quasi velata in fraudem legis facta est, hoc statuit: cum ejus tantum pecuniae donatio facta sit, quae a promissore servari non potuerit, hujus pecuniae periculum ad mulierem pertinere; ad eam vero summam, quam aliquando per tempus conjugii, cum plurimum habuerit solvendi facultatis, promissor solvere potuerit, — quippe cum ad eam duntaxat summam dotis causa valeat, — periculum esse mariti.

Quae jurisconsulti sententia absurda profecto esset, nisi mariti fere periculum nominis esset; si enim mulie-

ris esset nominis in dotem delegati periculum, vel hoc ipso, quod ejus periculum esset, donatio, quam maritus dissimulanter perficere voluit, impediretur.

Ex omnibus igitur iis, quae dixi, sine ulla cunctatione statuere possum, in omnibus iis, qui §. 1. enumerantur, casibus delegatarii fere esse periculum nominis delegati[1]).

Singulare vero quoddam lege 41. §. 3. (23, 3.) de eo uno casu constitutum esse videtur, si stipulatio inter delegatarium et delegatum sub conditione contracta est.

Orditur autem illa lex ab hisce verbis:

L. 41. §. 3 (23, 3). „Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit . . . .“

---

[1]) Eum semper in textu casum spectavimus, in quo summae debitor delegatus est. Aliter vero res se habet, si speciei debitor delegatus est. Attamen haec ab illa, quam in textu dixi, regula, declinatio, non exceptio nominanda est, quum ex ipsius delegationis natura proficiscatur. Quum enim delegatione facta perinde sit, ac si delegans acceptam a delegato debitam rem delegatario dederit, hic autem eam delegato crediderit, necesse est maritum casum praestare non debere, si speciei debitor ei delegatus est, nam ne tum quidem, si species ipsa ei tradita esset, casum eum praestare oporteret. Solam igitur maritus culpam in exigendo praestare debet; quam si admisit, sane casum sentit, nisi forte demonstrare potest rem, quamvis justo tempore exactam, tamen apud ipsum interituram fuisse. l. 56. pr. de J. D., cf. Vang. I. p. 450.

Si igitur debitor, qui solvendo est, a creditrice sua delegatus, marito ejus dotem sub conditione promisit, illud, utrum maritus nomen debitoris secutus sit an non, ex eo tempore pendet, quo conditio existit: si interim debitor solvendo esse non desiit, i. e. si tempore existentis conditionis tanta ejus solvendi facultas est, quanta tum fuit, quum promissio fiebat, mariti est periculum; sin debitor interim solvendo esse desiit, periculum uxoris est. Quodsi vis conditione existente effici, ut omnia ita sint, quasi obligatio ab initio pure contracta fuisset, obligationem necesse est non pejorem factam esse, quam fuit initio.

Eandem rationem secutus est jurisconsultus, judicans eodem loco de hoc casu: „Quodsi jam tunc debitor, quum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.“

Si igitur debitor ab initio solvendo non fuit et ne tempore quidem existentis conditionis solvendo est, quum obligatio pejor facta non sit, maritus nomen debitoris secutus esse videtur, „nam tale est, quale initio fuit.“

Si haec, quam nos legi inesse putamus, vera illius sententia est, quaestio oritur: utrum omnes debitores in duo tantum genera distribuendi sint, unum eorum, qui solvendo, alterum eorum, qui non solvendo sunt, an graduum solvendi facultatis ratio habenda sit? Quod ni facimus, id nobis statuendum est, tum, si delegatus

jam promissionis tempore solvendo non fuit, tempus conditionis existentis respiciendum non esse, semperque, quum conditio delegati melior quidem, non pejor fieri possit, ad maritum delegatarium nominis periculum pertinere. Quod improbandum est, quia cum loci sententia pugnat, quae vult in hoc quoque casu tempus conditionis existentis spectandum esse. Itaque gradus quidam solvendi facultatis statuendi sunt, regulaque ex l. 41. §. 3. (23, 3.) repetita ita conformanda: ut delegatarii tum tantum periculum nominis sub conditione dati sit, si existente conditione debitor delegatus non minus solvendo est, quam tempore promissionis.

Jam quaeritur, utrum regula ita conformata tantum ad delegationem dotis causa sub conditione contractam valeat, quam solam l. 41. significat, an etiam ad alias delegationes transferenda sit, inprimis ad eam, in qua debitor eo liberatur, quod debitorem suum creditori vice sua reum dat.

Muehlenbruch quidem illam regulae translationem in libro suo, qui „Pandekten" inscribitur, probat, sine dubio ratiocinatus: quod in unam delegationem cadat, hoc ad omnes delegationes pertinere.

Hasse contra statuit hanc regulam ex propriae delegationis dotis causa factae natura profectam esse, dicens: „Bei der eigentlichen Delegation" — scilicet in eo delegationis casu, in quo quis creditori suo alium debitorem dat vice sua — „tritt immer völlige Abfindung ein, die Forderung mochte bedingt sein oder nicht,

es sei denn dafs die Bedingung wegfiel, und nur insoweit steht noch die bedingte Forderung auf Gefahr des Delegans."

Non nego in casu delegationis solvendi causa factae, quem Hasse proprium delegationis casum appellat, fontes non distinguere inter delegationem sub conditione et pure factam. Nec tamen scio an illud de hac re fontium silentium causa nobis afferatur statuendi, regulam ad unum dotis casum pertinere. Etenim, quamquam saepenumero fontes regulam aliquam de certo quodam casu dicunt, volunt eam etiam ad omnes reliquos ejusdem generis casus pertinere, si modo regula ex rei ipsius natura proficiscatur.

Quamquam autem delegationem dotis causa factam non minus veram delegationem esse judico, quam delegationem solvendi causa factam, tamen quin regula illa vere ipsius rei natura efficiatur, equidem dubito. Conditio enim obligationi adjecta nihil efficit, nisi illud, ut juris vel constituendi vel finiendi causam in eventum futurum eumque incertum differat, et ita quidem, ut deficiente conditione pro nihilo habeatur negotium conditionale, existente vero conditione perinde sit, ac si jam ab initio pure constitisset negotium. Ille igitur, qui nomen sub conditione accipit, ostendit: velle se experiri eventum conditionis, utrum omnino aliquid accipiat, necne; si vero existat conditio, eam retrorsum ad tempus promissionis referri se velle, ut perinde sit, quasi ipsi ab initio pure nomen delegatum sit. Ex

hac igitur stipulatoris intentione necesse est, conditione existente, periculum nominis, sub conditione delegati, delegatarii esse, perinde ac si ab initio pure stipulatus sit, nec ullam ad periculum esse differentiam inter delegationem conditionalem et puram.

Paulus autem putat, maritum, qui dotem sub conditione stipuletur, velle conditionis existentis effectum quoad periculum tum modo pati, si existente conditione nomen nondum pejus factum sit, quam initio fuerit.

Quum autem haec animi intentio, quam Paulus stipulatori tribuit, ex ipsius conditionis natura non proficiscatur, non mihi videtur regula in lege 41. §. 3. (23, 3.) data ad alias delegationes transferenda: singularis potius mihi videtur regula esse, singulari matrimonii favore conflata.

At vero hac ipsa, quae lege 41. §. 3. continetur, exceptione universalis, quam supra statuimus, regula confirmatur: si enim accuratius eam legem perspexerimus, ex ea per argumentationem a contrario colligere poterimus, mariti fere esse periculum nominis delegati. Namque si ea verba, quae pertinent ad conditionem eliserimus, hoc praecipi intelligemus: „si a debitore mulieris dos promittatur, periculum ad maritum pertinere placet.“

C. De stipulatione inter delegatarium et delegatum contracta.

§. 3.

1. Introductio.

Ut in casu normali, ita in iis etiam casibus, qui §. 1. enumerantur, delegatarius et delegatus stipulationem contemplatione tertiae, delegantis, personae, contrahunt, stipulationisque causae duae sunt: una delegatarii, altera delegati. Ad eos igitur casus, aeque atque ad casum normalem, illud Windscheidii pertinet: „Die Stipulation hat weder für Delegatar, noch für Delegat eine selbstständige Bedeutung in ihrem Verhältnifs zu einander.“ Delegatarius enim, quamquam a delegato stipulatus est, hac tamen via non a delegato, sed a delegante pecuniam donandi, credendi, solvendive causa accipere voluit; delegatus autem, quamquam delegatario promisit, hac tamen via non delegatario, sed deleganti pecuniam donandi, credendi solvendive caussa dare voluit. Ergo non magis hic, quam in casu normali ad delegatarium pertinet ratio, quae delegato cum delegante est, nec magis delegato ratio inter delegantem et delegatarium curanda est. Igitur ne hic quidem est, cur delegatarius exceptiones et defensiones, ex ratione deleganti ad delegantem repetitas, sibi opponi patiatur, aut cur delegatus exceptionibus et defensionibus utatur, ex aliena ab ipso delegantis ad delegatarium ratione deductis.

Itaque dubitari non potest, quin in omnibus his casibus, aeque atque in casu normali, stipulatio, inter delegatarium et delegatum contracta, pristinis causis inviolata, prisca formae vi stet.

Jam videamus, in quantum fontium praecepta ad ea, quae modo posui, respondeant. Quum vero, quod quidem vehementer dolendum est, pauci illorum casuum, qui §. 1. enumerati sunt, in fontibus copiose tractentur, nos quoque tantum de his copiosius disputare poterimus. Speramus autem ea, quae in fontibus invenimus, dicta satis apta fore, unde de ceteris quoque casibus, qui aut vix aut nihil in fontibus memorantur, judicare possimus.

§. 4.

2. *De iis casibus, in quibus delegatio ab altera parte solvendi, ab altera parte donandi causa, seu ab utraque parte donandi causa fit.*

I. Casus primus. Delegatus deleganti solvere, delegans autem delegatario donare vult:

1. Si delegatus, cum ignoraret, se ipso jure, seu ope exceptionis perpetuae deleganti nihil debere, se ei, cui delegans donaturus erat, delegari passus est, visne eum tamen delegatario solvere, an vis defendere eum se posse adversus actionem delegatarii exceptione ex eo petita, quod sine causa promisit? Illud quidem videtur cum delegationis ratione maxime congruere. Legum autem praecepta haecce sunt:

L. 2. §. 3. (39, 5). Julianus libro LX. Digestorum. „Aliud juris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas; *exceptione enim doli mali tueri me potero;* et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptam faciat stipulationem."

L. 7. pr. (44, 4). Ulpianus libro LXXVI. ad Edictum. „Julianus ait, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jusso tuo spoponderim, cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri; et praeterea condictio mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet ... et habet haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione cui sum obligatus."

Idem igitur hic praecipitur ac supra in eo casu, in quo debitor putativus creditori putativo delegatus est. Ambo autem praecepta, quum simul in eisdem Pandectarum fragmentis dentur, hic quoque, ut supra, easdemque ob causas, ex iis, quas attulimus, legibus haecce colligere possumus:

a) Novum praeceptum Juliani esse, ut exceptio et condictio adversus stipulatorem delegato competat.

b) Hoc praeceptum humanitatis causa datum esse. „Separanda enim est causa lucrativa a non lucrativa," jam glossa dicit ad hanc humanitatis causam accuratius definiendam, quam quidem definitionem omnes postea scriptores secuti sunt[1]).

[1]) Cf. inprimis Savigny, System IV. p. 598.

c) Priusquam Julianus hoc instituit, delegato tantum condictionem adversus delegantem concessam fuisse.

Ergo hic quoque statuere possumus, ex juris subtilitate pristinaque delegationis ratione delegatum adversus delegatarium omni carere exceptione et defensione, ex causae absentia petitis, ac tantum condictionem indebiti adversus delegantem habere, et quidem condictionem certi, si pecunia jam soluta est, vel incerti, si pecunia nondum soluta est.

In iis autem, quas attuli, legibus quum de non debitoribus in universum disseratur nec distinguatur, delegatus ipso jure nihil debuerit, an perpetua exceptione tutus fuerit, ne solveret, nec nostrum est varia non debitorum genera distinguere. Ea igitur quae illis locis dicta sunt, ad utrumque non debitorum genus referre debemus.

2. Quid vero, si obligatio quidem inter delegatum et delegantem valet, donatio autem, a delegante delegatario facta, aut ipso jure nulla est, aut ope exceptionis infirmari potest? Licetne delegato exceptiones ac defensiones ex ratione delegantis ad delegatarium adversus delegatarium proferre, an minus?

Quum hic fontes videantur distinguere inter eum, casum, in quo donatio ipso jure nulla est, et inter eum, in quo ope exceptionis impugnatur donatio, nos quoque duos hos casus discernere debemus.

a) Ordiamur a posteriori casu. De quo inprimis in l. 21. §. 1. (39, 5) disseritur, qui locus, quamquam est

de prisco legis Cinciae jure, tamen a compilatoribus in Pandectas receptus est.

L. 21. §. 1. (39, 5). „Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione, necne, tractabitur. Et meus quidem debitor *exceptione te agentem repellere non potest*, quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris."

Delegato igitur exceptio legis Cinciae adversus delegatarium recusatur. Causam autem, cur ita praecipiat, jurisconsultus affert eam, quod cum delegationis natura pugnet, si delegato exceptio ex persona delegantis praebeatur (quia perinde sum etc.). Quam ob causam id, quod hic de exceptione legis Cinciae dicitur, ad quasvis exceptiones omnesque delegationis casus transferre nobis licet[1]).

b) Casus alter is est, si donatio ipso jure nulla est.

Si ad hunc etiam casum eam, quae in lege 21. §. 1. (39, 5) affertur, rationem adhiberemus, nobis constaremus dicentes: stipulationem, etiamsi ipso jure nulla donatio est, non violari. Nam manifestum est donationem nullam esse, non sponte apparere, sed opus esse defensione rei ad id demonstrandum, quae quamquam non exceptio vocatur, tamen nunquam ex aliena a reo ratione repeti debet.

---

[1]) Proculejani exceptionem legis Cinciae tanquam exceptionem popularem tractandam esse censebant. Quorum sententia si valuisset, nimirum delegato etiam adversus delegatarium exceptio legis Cinciae concedenda fuisset.

L. 39. (24, 1) tamen aliud de hac re velle videtur: „Vir uxori pecuniam quum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur; illa, quum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit; quaero, utrum vir eam summam petere debeat, an („ex“ ins. Hal.) ea promissione propter donationis causam actio nulla esset? Respondi inanem fuisse eam stipulationem.“

Cujus quidem loci sententia haec est: si donatio inter delegantem et delegatarium conjugii causa ipso jure nulla est, etiam stipulatio inter delegatarium et delegatum ipso jure nulla est.

Atqui quaeritur, liceatne ex hoc loco colligere, semper stipulationem inter delegatarium et delegatum ipso jure nullam esse, si donatio inter delegantem et delegatarium nulla est — quamquam nulla est, non propter conjugium, sed aliam ob causam, inprimis propter insinuationis absentiam?

Quam quidem universalem vim huic legi tribuere dubitandum nobis est jam eam ob causam, quod, cum leges donationes inter virum et uxorem odio tam singulari persequantur, praecepto de donatione inter virum et uxorem dato, jus singulare, non generale contineri, jure suspicandum est.

Nos igitur sentimus, casu donationis inter conjuges excepto, stipulationem inter delegatarium et delegatum ferme etiamtum valere, si donatio inter delegantem et delegatarium ipso jure nulla est. Quae quam recta sit sententia Basilicorum loco, quem in postrema parte hujus paragraphi afferemus, confirmatur.

II. Casus alter. Delegatus deleganti donare, delegans autem delegatario solvere vult.

Eum casum, in quo donatio inter delegatum et delegantem valet, obligatio autem inter delegantem et delegatarium non valet, omittamus. In hoc enim casu delegatum defensionibus delegantis adversus delegatarium uti non posse, jam supra statuimus ex natura delegationis consequi, cum ratio inter delegantem et delegatarium a delegato prorsus aliena sit.

Quid autem si obligatio quidem inter delegantem et delegatarium valet, donatio autem inter delegatum et delegantem ipso jure nulla est aut ope exceptionis impugnari potest? Licetne delegato contra delegatarium iis uti exceptionibus et defensionibus, quibus contra delegantem uti potuisset?

Hic iterum fontes videntur distinguere inter eum casum, in quo donatio ope exceptionis impugnari potuit, et inter eum, in quo ipso jure nulla fuit.

1. De eo casu, in quo donatio ope exceptionis impugnari potest l. 41. pr. (42, 1.) haec dicit in universum: „nulla exceptione creditor summoveretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cujus nomine promisit.“

Quod praeceptum universale hisce legibus confirmatur:

a) Primum lege 5. §. 5. (44, 4.), quae ad priscum legis Cinciae jus pertinet:

„Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, *non poterit adver-*

sus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit."

b) Quod ad legis Cinciae jus valet, quod et exceptionem parit et condictionem, hoc tanto magis valebit ad illud jus, quod exceptionem tantum donatori adversus donatarium praebet. Et extant fontium praecepta de hac quaestione data: num delegatus beneficio competentiae adversus delegatarium adjuvetur:

L. 33. §. 3. (39, 5). „Si, quum Primus tibi donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio; et quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur donavit, et quidem in solidum, non in id, quod facere potest, condemnatur. *Idque custoditur,* et si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori ejus donator promiserit; et hoc enim casu creditor suum negotium gerit."

L. 41. pr. (42, 1.): „Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? ...... Respondit: ...... sicut heres donatoris in solidum condemnatur, et ipse fidejussor, quem in donando adhibuit, ita et ei cui non donavit, in solidum condemnatur."

L. 33. (46, 2.): „Si Titius donare mihi volens, delegatus a me, creditori meo stipulanti spopondit, non habebit adversus eum illam exceptionem, ut, quatenus facere potest, condemnetur; nam adversus me tali defensione merito utebatur, quia donatum ab eo petebam, creditor autem debitum persequitur."

2. De eo casu, in quo donatio inter delegatum et delegantem ipso jure nulla est, hoc exstat praeceptum:

L. 5. §. 4. (24, 1). „Si uxor viri creditori donationis causa promiserit, et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque mulierem obligari, vel fidejussorem ejus, Julianus ait, perindeque haberi ac si nihil promisisset.“

Rursus oritur quaestio, num id, quod hic de donatione inter conjuges praeceptum est, valeat ad omnes eos delegationis casus, in quibus donatio inter delegatum et delegantem ipso jure nulla est?

Sed, ut jam supra diximus, dubitandum est, praeceptum, quod datum est de odiosissimo donationis inter virum et uxorem casu, ad alios etiam casus transferre.

III. Casus tertius. Delegatus deleganti et delegans delegatario donare vult.

De eo casu, in quo altera donatio ipso jure nulla est, nullum extat praeceptum. De eo autem casu, in quo impugnari potest exceptionibus, praecipue l. 41. pr. (42, 1.), de qua jam supra disputavimus disserit:

L. 41. pr. (42, 1). „Nesennius Apollinaris: si te, donaturum mihi, delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? Et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui dare volebam, te delegavero? ...... Respondit, ... sicut heres donatoris in solidum condemnatur, et ipse fidejussor, quem in donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur.“

Actor igitur donatarius, reus autem donator ipse sit, necesse est, si exceptiones ex causa donationis ei vis opponi posse. Confirmatur autem haec legis 41. sententia lege 33. §. 3. (39, 5.): „Si, quum Primus tibi donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio; et quia nihil Primus Secundo a quo convenitur donavit, et quidem in solidum, non in id, quod facere potest condemnatur.“

IV. Nondum disputavimus de eo casu, in quo simul et obligatio et donatio, vel utraque donatio ipso jure nulla est aut ope exceptionis impugnari potest: nonne certe hic delegato defensio adversus delegatarium praebenda est?

Secernendus hic inprimis is casus est, in quo non debitor, quasi debitor sit, ei delegatus est, cui delegans donaturus erat: hic enim delegato etiamtum exceptio doli adversus delegatarium competeret, si donatio inter delegantem et delegatarium valida esset. In duobus autem aliis, qui huc pertinent, casibus, jurisconsultum puto liberiori arbitrio, ne duabus opus sit condictionibus, delegato exceptionem doli adversus delegatarium concessurum, nam in his non minus, quam in eo casu, in quo debitor putativus creditori putativo delegatus est, delegatus delegatario dicere potest: dolo petis, quod redditurus es: quod enim delegatus delegatario solvisset, id delegans a delegatario, delegatus autem a delegante per condictionem recuperaret.

Quod si omnia, quae diximus, paucis complectamur, dicendum nobis est, stipulationem inter delegatarium et delegatum contractam in omnibus iis, quos hac paragrapho exposui, casibus, inviolatam stare, etiamsi ea, quae subesse debuit, obligatio ipso jure nulla, aut ope exceptionis inefficax fuit. Nec magis pendet haec stipulatio ex ea, quae ei subjicitur, donationis causa, si modo donatio tantum ope exceptionis infirmari potest. Illud unum dubitatur, num haec stipulatio etiamtum integra constet, si donationes, inter delegationis participes spectatae, ipso jure nullae sunt? Quaeritur igitur, num id, quod in fontibus de donatione inter virum et uxorem datur, praeceptum, pro regula, an pro exceptione habendum sit?

De qua re Savigny[1]) hocce dicit: „in demjenigen Fall, worin die Einschränkung der Schenkung ipso jure, d. h. durch gänzliche Nichtigkeit, bewirkt wird, äufsert sich diese Nichtigkeit auch in den mit fremden Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäften, welche nur als Mittel dienen sollen die Schenkung zu bewirken[2])."

Itaque si donatio non propter conjugii causam, sed propter insinuationis absentiam nulla fuit, Savigny con-

[1]) Savigny, Syst. Vol. IV. p. 598.

[2]) De eo quidem casu, in quo donatio ope exceptionis inefficax fuit, a nostra parte stat Savigny:

„Wo die Einschränkung (der Schenkung) nur vermittelst einer Exception durchgeführt wird, da erstreckt sich diese auf das mit einem Dritten zum Behuf einer Schenkung eingegangene Rechtsgeschäft nicht."

tendit: „Das Justinianeische Recht läſst aus der versäumten Insinuation gänzliche Nichtigkeit folgen, stellt also dieselbe auf völlig gleiche Linie mit der verbotenen Schenkung unter Ehegatten. Wollen wir also nicht bei dieser Frage die innere Consequenz der Gesetzgebung gänzlich aufgeben, so müssen wir hier dieselbe Regel anwenden, die im Römischen Recht bei der Schenkung unter Ehegatten durchgeführt ist[1].“

Jam supra demonstrare conati sumus, ipsa delegationis natura et vi contrariam postulari decisionem. Quantum vero momenti argumentationi nostrae deest, hoc spero uberrime compensatum iri hocce loco ex Basilicis repetito.

Basil. XLVII. 1, 20. *Ἐὰν θέλων σοι δωρήσασθαι κελεύσω τῷ χρεώστῃ μου ἐπερωτηθῆναί σοι, καὶ ὑπερβαίνει τὸ ποσὸν τὸ μέτρον τῶν δωρεῶν, ἐναγόμενος ὁ χρεώστης παρὰ σοῦ παραγραφὴν οὐκ ἔχει. ἔδοξα γὰρ ἀπαιτεῖν αὐτὸ καὶ διδόναί σοι, καὶ συ δανείζειν αὐτῷ*[2]).

Ea igitur delegatio, in qua donatio propter insinuationis absentiam nulla est, non par habetur delegationi, donationis inter virum et uxorem perficiendae causa, factae; sed contra ex iisdem de ea judicatur

[1]) Savigny, Syst. IV. p. 598.

[2]) Illum autem Basilicorum locum ita vertit Heimbach: Si cum tibi donare vellem jussero debitorem meum tibi promittere, et quantitas modum donationis excedit, debitor a te conventus exceptionem non habet. Videor enim ab eo exegisse tibique donasse, tuque illi credidisse.

praeceptis, ex quibus etiam de ea judicatur delegatione, in qua donatio ope exceptionis infirmari potuit.

Omissis igitur paucis quae extant exceptionibus, jure affirmare atque defendere possumus, in iis quoque, quos hac paragrapho exposui, casibus stipulationem inter delegatarium et delegatum contractam, quum causis, quae subsunt, soluta sit, prisca formae vi inviolatam stare.

§. 5.

3. *Ceteri casus.*

Fontium inopia impedimur, quominus uniuscujusque ceterorum aeque copiosa atque eorum, quos supra tractavi, casuum expositione demonstremus, ad unumquemque ceterorum quoque casuum praeceptum illud valere: stipulationem inter delegatarium et delegatum contractam nunquam ex causis pristinis pendere. Inprimis igitur praeceptum illud confirmari potest argumentis generalibus, quae uberrime in antecentibus paragraphis explanavimus, quamquam non minimi momenti erunt ea quae extant fontium documenta, quae ad aliquot casuum expositionem adhibebimus.

1. Primum quidem confirmatur praeceptum illud eo casu, in quo delegatus deleganti debitum solvere, delegans autem dationem credendi causa delegatario facere vult. Quaeritur, num delegato, qui, cum nihil deleganti deberet, per errorem, quasi debitor se delegare passus est, contra delegatarium tueri se liceat

exceptionibus ac defensionibus, quas contra delegantem habuit? Scimus quidem, debitori delegato in casibus quibusdam exceptiones adversus delegatarium concessas esse; sed concessae sunt ideo, quod in illis casibus delegatarii stipulandi causa lucrativa est, quum vel putativus delegantis creditor vel donatarius ejus sit. Quod quidem certe non cadit in eum casum, si delegatarius ipse debitor futurus est, si credendi causa dico stipulatus est, praesertim, si dotis causa nomen per delegationem accepit, quum dos ad onera matrimonii ferenda constituta sit et in fontibus singulari favore fruatur. Nihil igitur est, cur permittas delegato, ut exceptionibus et defensionibus, quibus contra delegantem uti potuit, adversus delegatarium se defendat. Cui sententiae etiam fontium dicta convenire facile ex his locis intelliges:

L. 9. §. 1. (12, 4). „Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus promisisset, et nuptiae secutae fuissent, *exceptione doli mali uti non potest;* maritus enim suum negotium gerit, et nihil dolo facit, nec decipiendus est, quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere; itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur, si nondum solverit. Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset."

L. 78. §. 5. (23, 3). „Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem is, qui exceptione tutus

erat, ne solvat, *cogetur ei solvere;* et habebit condictionem adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit, ob id, quod indebitum marito promisit et solvit."

L. 4. §. 20 et 21. (44, 4). „Item quaeritur, si debitor meus te circumveniebat, teque mihi reum dederit, egoque abs te stipulatus fuero, deinde petam, an doli mali exceptio obstet. Et *magis est, ut non tibi permittatur de dolo debitoris mei adversus me excipere,* quum non ego te circumvenerim, adversus ipsum autem debitorem meum poteris experiri."

„Sed et si mulier post admissum dolum debitorem suum marito in dotem delegaverit, *idem probandum erit,* de dolo mulieris non esse permittendum excipere, ne indotata fiat."

Pugnare autem cum hac regula videtur l. 32 (24, 3.):

„Si prior maritus posteriori dotis nomine tanquam debitor mulieris dotem promiserit, *non plus, quam id, quod facere possit, dotis futurum esse.*"

Nonne si nobis constamus marito exceptionem competentiae recusare debemus, praesertim cum beneficium sit ex personali inter conjuges ratione profectum, nec in nova obligatione inter delegatarium et delegatum, personas quarum altera alteri prorsus aliena est, locum habere debeat? Concessam exceptionem competentiae esse eo memorabilius est, quod ea tam personalis habetur, ut a multis scriptoribus etiam debitori cesso, adversus cessionarium non concedatur (vid. Vang. Lehrb.

§. 575). Sumendum igitur est, illius loci regulam ex aequitate profectam esse, quae si nunquam in controversiam vocata esset, vehementer mirandum esset. Et invenimus in lege 84. (23, 3). Labeonem omnibus in dotem delegatis exceptionem competentiae denegavisse, cui Labeonis sententiae, quoad personas extraneas, etiam Paulus se applicat.

L. 84. de pact. dotal. (23, 3). Labeo libro VI. Pithanon a Paulo epitomatorum. „Si de dote promissa agitur, *non oportet, in quantum facere potest, condemnari eum, qui promisit.* Paulus: *imo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est;* ceterum si manente affinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest, socer condemnabitur; si diremto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto; quid enim, si socer specie futurae dotis induxerit generum, et quum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur?"

Ergo ne Paulus quidem marito in casu l. 32 (24, 3) exceptionem competentiae concessisset, quum prior et posterior maritus personae extraneae sint. Nos quidem nimirum severiorem Pauli sequimur sententiam, utpote magis cum delegationis natura congruentem.

Ob unam tantum rem promissio delegati dotis causa facta ex causa pristina pendet. Quum enim promissioni dotis causa factae tacita insit conditio „si nuptiae secutae fuerint", delegati promissio inde pen-

det, an dotis causa inter delegantem et delegatarium locum habeat i. e. an conjugium inter eos concilietur.

L. 7. pr. (12, 4.). „Qui se debere pecuniam mulieri putabat, jussu ejus dotis nomine promisit sponso, et solvit, nuptiae deinde non intercesserunt; quaesitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam, qui dedisset, an mulier? Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, *ipsum repetiturum;* sed si, quum sciret se nihil mulieri debere, promisisset, mulieris esse actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret; si autem vere debitor fuisset, et ante nuptias solvisset, et nuptiae secutae non fuissent, ipse possit condicere, *causa debiti integra mulieri* ad hoc solum *manente*, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condictitia actione."

Quod quidem exceptio dici nequit, quia duarum rationum earumque juris concursu — delegationis matrimoniique — efficitur.

2. Deinde confirmatur praeceptum illud eo casu, in quo delegatus deleganti donare, delegans autem delegatario credere vult.

L. 5. §. 5. (44, 4.). „Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, *non poterit adversus petentem uti exceptione,* quoniam creditor suum petit. *In eadem causa est maritus;* nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit...... Itaque condictione tenetur debitor,

qui delegavit, vel mulier, ut vel liberet debitorem, vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur."

L. 41. pr. (42, 1). „Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? ..... Et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito ejus dotem promiserit? Respondit, *nulla creditor exceptione summoveretur; ..... cui similis est maritus*, maxime si constante matrimonio petat."

3. Deinde documento nobis est ille casus, in quo quis deleganti crediturus delegatus est ei, cui delegans debitum solvere volebat:

L. 5. C. h. t. (VIII, 42). „Si pater tuus, cui te successisse proponis, creditori, pro Alexandro suscepto nomine, certam pecuniam stipulanti spopondit, *licet per improbitatem Alexander ei satis non fecit, tamen summae promissae nimis improbe solutio negatur.*

Quamvis pauci sint fontium illi loci, quos attulimus, tamen putamus, eos ita comparatos esse, ut si simul eos casus, qui §§. 4, 5, 6, 7, P. II. et §. 4, P. III. expositi sunt, generaliaque argumenta respicias, facile in universum statuas eam, quae inter delegatarium et delegatum exoritur novam obligationem nulla fere in re ex pristinis causis dijudicandam esse.

§. 6.

De stipulationis inter delegatarium et delegatum contractae conceptione.

Ut in casu normali ex conceptione stipulationis elucere vidimus non pendere eam ex causis pristinis, ita etiam in aliis casibus est. Normalis igitur stipulationis forma hic non illa est: quod tu Titio debes, id mihi dare spondes? quod tu Titio donaturus es, id mihi dare spondes? quod tu Titio crediturus es, id mihi dare spondes? vel illa: quod Titius mihi debet, id mihi dare spondes? quod Titius mihi donaturus est, id mihi dare spondes? quod Titius mihi crediturus est, id mihi dare spondes? — sed stipulationis verba haecce sunt: decem mihi dare spondes? Haec certe formula ea fuit, quam spectantes jurisconsulti praecepta de delegationis casibus protulerunt. Argumenta autem, in quibus sententia nostra posita est, similia iis sunt, quae supra §. 8. P. II. attulimus. Simulatque enim una ex pristinis, sive inter delegantem et delegatarium, sive inter delegatum et delegantem rationibus, in novam inter delegatum et delegatarium obligationem transfertur, impediri non potest, quin delegatus a delegatario ipso jure tutus sit, si vel ipse adversus delegantem, vel delegans adversus delegatarium defensiones habuit: debitor enim putativus, a quo stipulatum est: quod tu Titio debes, id mihi dare spondes? a quovis delegatario, sive creditor, sive donatarius, sive debitor futurus est delegantis, ipso jure tutus est; donatorem quoque, qui se id da-

turum esse promisit, quod ipse deleganti donare velit, non puto impediri posse, quominus beneficio competentiae aut defensione ex lege Cincia petita, adversus delegatarium utatur. Nec magis impediri posse puto, quin delegatus defensionibus delegantis utatur, si expresse id promisit, quod delegans delegatario debet, vel donare vult etc. Quod cum delegationis natura pugnare manifestum est.

Si igitur nihilominus stipulationem inter delegatarium et delegatum incertis verbis vis conceptam fuisse, sententiam tuam defendere non potes, nisi statuis, in iis casibus, in quibus leges vetant, delegatum ex ratione, quae ipsi cum delegante est, defensiones repetere, aut ei exceptionem aequitatis causa concedunt, jurisconsultum eam stipulationis conceptionem spectasse, quae rationem inter delegantem et delegatarium respicit; in iis autem casibus, in quibus lege delegatus vetatur ex persona delegantis defensiones repetere, jurisconsultum eam stipulationis formulam spectasse, quae rationem, quae delegato cum delegante est in se recepit.

Praeclarum hoc, si modo fontes quoque ita discernerent. Quae maximi momenti formularum differentia, si vere extaret, mirum esset, jurisconsultos Romanos eam ne uno quidem verbo attigisse.

Eas autem leges, in quibus stipulatio inter delegatarium et delegatum respectu unius ex pristinis rationibus concepta esse videtur, interpretari non poteris, nisi concedas verba illic usurpata: „quod debes promi-

sisti“ et similia minus incertam stipulationis conceptionem, quam quantitatem significare, alioquin enim leges illae cum delegationis praeceptis pugnant.

L. 7. pr. (44, 4). „Julianus ait, si pecuniam, *quam me tibi debere* existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri.....“

Unusquisque concedet, si vere verba stipulationis incerte concepta fuissent, ut prima specie videtur, non opus futurum fuisse exceptione ad delegatum adversus delegatarium tuendum. Sumendum igitur nobis est, verbis illis, quae litteris cursivis expressa sunt, nihil aliud nisi quantitatem significari.

Idem dici potest de l. 9. §. 1. (12, 4). „Si quis *indebitam pecuniam* per errorem jussu mulieris sponso ejus promisisset et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest.....“

Si delegatus hic expressis verbis „id, quod debet“ promisisset, ne favor dotis quidem delegatarium adversus delegatum adjuvaret, quum promissioni materies deesset. Ergo hic quoque delegatum certam summam certis verbis promisisse necesse est.

Haec omnia puto sufficere ad confirmandam hanc nostram sententiam: normalem stipulationis conceptionem certam fuisse. Sententia autem nostra confirmatur etiam l. 5. C. de nov. et del. (VIII, 42), ubi diserte conceptio certa stipulationis memoratur.

„Si pater tuus, cui te successisse proponis, credi-

tori, pro Alexandro suscepto nomine, *certam pecuniam* stipulanti spopondit, licet per improbitatem Alexander ei satis non fecit, tamen summae promissae nimis improbe solutio negatur."

§. 7.

D. Quaenam sint rationes inter delegantem delegatariumque et inter delegatum delegantemque.

Restat unum demonstrandum, etiam in omnibus, quos §. 1. enumeravi, casibus, aeque atque in casu normali, rationem et inter delegantem delegatariumque et inter delegatum delegantemque non secundum mandati praecepta, sed ex dationis jure ejusque causa dijudicari. Hoc ita esse in iis casibus, in quibus aut delegatarius solvendi causa reum per delegationem substitutum accepit, quamvis eum, qui delegantis debitor non est, aut delegatus solvendi causa se delegari passus est, quamvis ei, qui delegantis creditor non est, jam ex iis apparet argumentis, quae disputantes de casu normali attulimus. Ergo demonstrandum restat, etiam in iis casibus hoc ita esse, in quibus delegatarius donandi seu credendi causa stipulatur, delegatus autem donandi seu credendi causa promittit.

Jam vero ad singulos casus nos vertamus.

I. Fac delegatarium per stipulationem a delegante donationem accipere.

1. Hic delegatarium nullius nisi suum negotium gerere in promtu est. Delegantis enim negotium dele-

gatarium stipulando gerere, quis est, qui dicat, memor stipulatione delegatarii delegantis bona non augeri aut servari, sed minui? Nec magis alius cujuslibet negotium stipulando delegatarius exequitur, cum suis tantum utilitatibus servire videatur.

Quoniam igitur delegatarius, quum ex voluntate delegantis stipulatur, suum tantum negotium gerit, si inter delegantem et delegatarium mandatum intercedere vis, mandatum illud nullum aliud esse posse concedes, nisi mandatum tua tantum gratia. Constat autem hujus generis mandatum proprie mandatum non esse nec mandati actiones ex eo proficisci. Quamquam vero delegatarius, qui donandi causa stipulatur, nec tam expresse, nec tam saepe in fontibus suum negotium gerere dicitur, quam delegatarius, qui solvendi causa stipulatus est, tamen fontium eandem ac nostram esse sententiam de delegatario donatario inde maxime apparet:

a) Ex l. 41. pr. (42, 1): „Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? Et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui dare volebam, te delegavero? Et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito ejus dotem promiserit? Respondit, nulla creditor exceptione summoveretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cujus nomine promisit; cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat. Et sicut heres donatoris in solidum condemnatur, et ipse

fidejussor, quem in donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur."

Tres igitur a jurisconsulto componuntur delegatarii, unus qui solvendi causa, alter qui donandi, tertius, qui credendi causa stipulatur a delegato, qui deleganti donaturus erat, delegatoque exceptiones, quibus adversus delegantem uti potuit, adversus omnes denegantur. Sententiae suae causam eam autem affert jurisconsultus, quod non delegatario, sed deleganti donare vult delegatus. Videtur igitur jurisconsultus hac, quam affert, causa, illud quoque significare, delegatarium delegantis procuratorem non esse, sed suum negotium gerere. Quam interpretationem ex sententia jurisconsulti esse, jam ex eo apparet, quod delegatarius donatarius cum delegatario creditore comparatur, quem constat suum negotium gerere eamque ob causam defensiones, quas delegatus adversus delegantem habuit, non timere.

b) Confirmatur nostra sententia lege 33. §. 3. (39, 5), ubi contra delegatarius creditor cum delegatario donatario comparatur.

L. 33. §. 3. (39, 5). „Si, quum Primus tibi donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio; et quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit, et quidem in solidum, non in id, quod facere potest, condemnatur. Idque custoditur, et si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori ejus donator promiserit; *et hoc enim casu creditor suum negotium gerit.*"

c) Denique probari videtur sententia nostra ipsius delegationis natura, quam luculentissime declaratam invenimus in l. 21. §. 1. (39, 5).

L. 21. §. 1. (39, 5). „... si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, ... meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, *quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris* ...."

Quum igitur perinde sit, ac si delegatarius acceptam a delegante pecuniam delegato crediderit, — quis delegatarium pecuniam quam credidit stipulantem eamque exigentem suum gerere negotium neget?

2. Cum hac fontium sententia convenit etiam dictio eorum: manifesto enim fugiunt verbum mandandi pro delegandi verbo; cf. l. 2. §. 2. (39, 5), l. 33. §. 3. eod. Inprimis autem memorabilis videtur esse l. 39. (24, 1): „Vir uxori pecuniam quum donare vellet, *permisit ei*, ut a debitore suo stipuletur ...."

Cf. l. 2. C. 8, 57 et l. 2. C. 5, 12. In quibus legibus, quum permittendi verbum habere non possit vim mandandi, nemo erit, qui neget, legibus allatis illud certe demonstrari, mandatum inter delegantem et delegatarium omni modo necessarium non esse.

3. Si mandatum inter delegantem et delegatarium intercederet, rationes inter eos ex mandati jure dijudicari, unicuique eam, quae ex mandato oritur actionem ad jus suum persequendum competere oporteret. Quae tamen mandati juris consequentia in fontibus non invenimus, ut ex hisce praecipue locis apparebit:

a) L. 18. §. 1. (39, 6): „Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. Quodsi ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam etsi convaluisset creditor idemque donator, *condictione* aut *in factum actione* debitoris obligationem duntaxat reciperet."

Si mandatum de stipulando inter delegantem et delegatarium contractum esset, id ea clausula contractum putandum esset, ut delegatario, si moriatur delegans, pecuniam exactam sibi habere liceat; contra, si reconvaluerit delegans, huic reddat. Quid igitur si reconvaluit delegans? Num actione mandati delegans id repetit, quod ad delegatarium ex negotio ei demandato pervenit? Minime. Condictionem enim — sine dubio causa data causa non secuta — vel actionem in factum, deleganti locus ille tribuit.

b) L. 21. §. 1. (39, 5) . . . „si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, . . . meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, . . . sed ego, si . . . pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te *condictionem*."

Quod igitur delegatarium leges de modo donationis datae vetant retinere, id, si jam exegit, condictione (ex injusta causa), non mandati actione repetitur. Condictionem autem ex mandato non oriri quis est, qui

nesciat? eam autem ob causam condictio deleganti data est, quod perinde est, ac si pecunia ejus donationis causa ab eo ad delegatarium pervenerit.

4. Accedit, quod si mandatum inter delegantem et delegatarium esset, delegantis esse periculum nominis delegati oporteret — quod cum donationis natura pugnare manifestum est.

Itaque: quum donationis perficiendae intentio, non mandati contrahendi voluntas inter partes praevaleat, ex datione donandi causa facta ejusque jure rationes inter delegantem et delegatarium dijudicantur.

II. Fac delegatarium credendi causa stipulatum esse.

1. Quantopere hic quoque partium intentio emineat et efficiat, ut non mandatum, sed aliud negotium inter eas intercedat, similitudo legis 10. §. 4. (17, 1) documento nobis erit:

„Si quis Titio *mandaverit*, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, *mandati eum non acturum*, Papinianus libro tertio Responsorum scribit, *quia de mutua pecunia eum habet obligatum*; et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt."

De industria jurisconsultus initio verbo mandandi uti videtur, quasi demonstraturus, quam non ex externa specie mandati de vera negotii contracti natura judicari possit, simulque ostendit, quam diversa juris consequentia efficiantur, si actionem crediti, aut mandati

adhibeas. Eo majoris momenti hoc nostrum argumentum est:

2. Delegantem adversus delegatarium non actione mandati agere, sed actione dotis et actione crediti seu quavis alia actione ex datione credendi causa profecta. Cf. inprimis:

L. 32. de R. C. (12, 1): „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est."

In l. 32. de reb. cred. sane tantum condictio ex bono et aequo, in quantum locupletior factus est delegatarius, praebetur, manifesto autem actio crediti praeberetur, si negotium propter errorem non esset nullum.

3. Deinde si vere delegatarius delegantis esset mandatarius, delegantem delegatarium omnimodo indemnem praestare periculumque nominis delegati ad eum, non ad delegatarium pertinere oporteret — periculum vero nominis delegati delegatarii esse copiosissime supra demonstravimus.

4. Delegatarium autem etiam in hoc casu suum gerere negotium, cum ex iis, quae modo dixi exque delegationis natura appareat — nam perinde est ac si

acceptam a delegante pecuniam delegato crediderit — tum etiam fontium locis, de marito, dotem stipulante, disserentibus, expressis verbis confirmatur, cf. exempli gratia l. 9. §. 1. (12, 4).

In utrumque denique delegatarium, in eum qui donandi causa et in eum qui credendi causa stipulatur, argumentum illud cadit, eos, si mandato cum delegante conjuncti essent, delegantis procuratores esse, ideoque adversus eos delegato omnes eas exceptiones competere, quas adversus mandantem habuit — quod cum praeceptis, quae supra exposui, pugnare apertum est. (Cf. §. 9. P. II).

III. Quae inter delegantem delegatumque ratio intercedat, si delegatus donandi causa delegatur.

Nullos hic nos afferre posse fontium locos, quibus expressis verbis delegatus delegatario promittens suum negotium gerere dicatur, mirandum non est, cum in fontibus omnino „donandi" verbum verbis „negotii gerendi" opponatur, scilicet, quia donantis non interesse videtur donare: „negotium potius gestum videri, quam donationem intervenisse," l. 58. pr. (24, 1.), „magis ad beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio," l. 14. (43, 26).

Nec tamen nobis omnino desunt fontium loci ad confirmandam sententiam nostram, delegatum delegantis mandatarium non esse:

1. L. 5. §. 5. (44, 4). „Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori

meo, non poterit adversus petentem uti exceptione .... In eadem causa est maritus .... *Itaque condictione tenetur debitor, qui delegavit, vel mulier,* ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur."

Quae lex delegato, cui promissio idcirco incommodo fuit, quod stipulatori exceptionem legis Cinciae opponere non potuit, adversus delegantem non actionem mandati concedit, sed condictionem (ob injustam causam) in id, quod ultra legitimum modum ad eum pervenisse putatur.

2. L. 2. §. 2. (39, 5). „Quum vero ego, Titio pecuniam donaturus, te, qui mihi tantundem donare volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est."

Hic, cum inter delegatum et delegantem de donatione, per promissionem tertio faciendam, perficienda convenerit, promissione delegati facta, donatio perfecta est. Quum autem eo tempore, quo lex allata scripta est, pactum de donando prorsus inefficax esset, donationem stipulationi, non antecedenti pacto, inesse manifestum est: alioquin enim non donatio, sed debiti solutio per stipulationem perfecta esset. Eandem autem ob causam ne mandatum quidem de promittendo inter delegatum et delegantem esse potest; alioquin enim, cum delegati promissio magis mandati, simplici consensu obligatorie contracti, exsecutio, quam donationis esset perfectio, eveniret, ut pactum de donando, mandati speciem prae se ferens, obligatoriam haberet vim, atque igitur mandati contractui, non promissioni in-

esset donatio. Quum vero lex allata donationem per stipulationem perfectam esse dicat, nihil nisi simplex et inutile de donando pactum promissioni antecessisse putandum est.

IV. Ratio inter delegatum et delegantem, si delegatus credendi causa delegatur.

Inprimis sententiae nostrae, quae inter delegatum et delegantem mandatum intercedere negat, adjumento sunt duo loci.

1. L. 59. pr. de J. D. (23, 3). „Si mulier ita dotem promiserit: „decem tibi, aut Titio doti erunt", hoc casu dici potest, vel Titio dari posse, *sed de dote virum teneri*, quemadmodum si Titio jussisset dari; nec mirum, quum etiam promissura viro dotem possit delegante eo alteri promittere, etsi dici solet, alii, quam marito, dotis nomine mulierem non posse obligari. His enim casibus *viro dos quaeritur*, non enim existimabimus illam ita promisisse, quum vel de Titii nuptiis cogitaret."

Hic igitur dicitur, viro, qui dotem ei promissuram uxorem tertio cuidam delegavit, dotem quaeri. Mulier igitur delegata actionem dotis, non actionem mandati, ab actione dotis prorsus diversam, adversus virum nanciscitur.

2. L. 19. §. 3. (14, 3). „Servus pecuniis tantum foenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens, ut institor, dominum in solidum jure Praetorio non adstringit; quod autem pro eo, qui (cui) pe-

cuniam foeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur; *cui pecuniae creditae contra eum, qui delegavit, actio quaesita est.*"

Delegato igitur actio creditae pecuniae, non actio mandati quaeritur, quae, quam inter se diversae sint, jam supra luculentissime lege 10. §. 4. (17, 1) demonstratum est.

Non igitur inter delegatum et delegantem mandatum antecessisse videtur delegati promissioni — non enim hoc actum erat — sed pactum de quodam negotio, per promissionem tertio faciendam contrahendo.

In utrumque denique casum, in quo quis donandi causa et in eum, in quo credendi causa delegatus est, illud argumentum cadit: delegatum, si mandati vinculo cum delegante conjunctus esset, delegantis procuratorem esse, ideoque ei, ad negotii dominum tuendum, exceptiones ex persona delegantis adversus delegatarium competere. Quod cum iis, quae de stipulatione inter delegatarium et delegatum exposui, praeceptis vehementissime pugnare apertum est.

Itaque in omnibus iis quoque, quos paragrapho prima hujus partis enumeravi, casibus aeque, atque in casu normali, ratio inter delegantem et delegatarium et inter delegatum delegantemque ita tractatur, quasi non mandatum inter eos contractum sit, sed quasi datio et a delegato deleganti et a delegante delegatario qualibet ex causa facta sit.

Quam ob rem ob duplicem dationem stipulatione inter delegatarium et delegatum conciliatam delegatus,

ut in casu normali, fere adversus delegantem, delegans autem adversus delegatarium agere debet.

Excipiuntur illi tantum casus in quibus, cum mera delegationis natura utilitatis vel aequitatis causa paullulum immutata sit, stipulatioque inter delegatum et delegatarium contracta ex causis pristinis pendeat, aliud quid statutum est[1]).

§. 8.

E. Summa.

Quoniam igitur demonstravisse putamus, ad omnes casus, paragrapho prima hujus partis enumeratos, eadem valere praecepta, atque ad casum normalem, omnes illos casus non minus veras esse delegationes contendimus, atque casum normalem. Jure igitur hoc statuere nobis licet, delegationem stipulatione, a duabus personis, ex voluntate tertiae cujusdam personae, ea intentione inita contineri, ut stipulatione contracta duplex, quasi compendiaria via, videatur effecta esse datio a promissore ad Tertium, a Tertio ad stipulatorem profecta. Tunc enim, quum et duplex datio effecta esse videatur, et stipulatio quoque extet, dici potest: perinde est, ac si Tertius acceptam a promissore pecuniam stipulatori dederit, hic autem eam promissori crediderit.

[1]) Cf. l. 7. pr. et §. 1 (44, 4), l. 39. pr. (24, 1), l. 7. pr. (12, 4). Quas exceptiones, cum non universam delegationis doctrinam explanandam, sed tantum delegationis notionem finibus circumscribendam mihi proposuerim, omitto: ad propositum enim meum principalia delegationis doctrinae lineamenta sufficiunt.

ARGUMENTUM.

THESES.

1. Delegationi nec mandatum de promittendo subest, nec mandatum de stipulando.
2. Eorum, qui propter originem vel vivendi genus „rechtlos“ facti sunt, juris conditio melior est atque eorum, qui sceleribus jus suum comminuerunt.
3. Sententia, ei, qui cum institore officii nomine contraxit, adversus ipsum institorem efficacem non competere actionem, reprobanda est.
4. Vulgaris capitis 7. X. de jure patr. interpretatio falsa est.
5. Stipulatione inter delegatarium et delegatum novandi causa contracta, si duo subsunt debita, duplex fit novatio.

BEROLINI, TYPIS EXPRESSIT GUSTAVUS SCHADE